Coll. leg. o. 326ª

Motive
zu
dem Entwurfe der allgemeinen
Hypotheken-Ordnung
für
das Königreich Baiern
auf
allerhöchsten Befehl
Seiner Majestät des Königs
der
Stände-Versammlung
vorgelegt
vom
Königlichen wirklichen Staatsrath
von Gönner,
als
hiezu allergnädigst benannten Commissär.

Als Beilage zu den Verhandlungen der zweiten Kammer der Ständeversammlung des Königreichs Baiern.

München, 1819.
Im Verlage der Buchhandlungen von
J. J. Lentner, K. Thienemann, E. A. Fleischmann.

Dr. Haupt
Coll. leg. 6 326 a

BIBLIOTHECA
[illegible]
[illegible]ENSIS.

Seine Majestät der König haben aus weiser Vorsorge für das allgemeine Beste in einigen Stellen der Verfassungs-Urkunde und der damit verbundenen Edikte die Einführung öffentlicher Hypothekenbücher ausgesprochen, deren wohlthätigen Einfluß auf den Privat-Kredit, und durch diesen auf den öffentlichen Wohlstand, sowohl in Oesterreich und Preußen, als in einigen Theilen des Königreiches Baiern selbst, langjährige Erfahrung bewährt hat.

Die Wichtigkeit des Gegenstandes forderte reife Vorberathungen; Seine Königliche Majestät fanden sich daher bewogen, den ersten Entwurf der Hypotheken-Ordnung der genauen Prüfung einer aus mehreren Mitgliedern des königlichen Staats-Rathes bestandenen Kommission zu unterwerfen, über die hiernach gefertigte definitive Redaktion den versammelten Königlichen Staats-Rath zu vernehmen, und nach dieser gründlichen und vielseitigen Beleuchtung des Gegenstandes den verfassungsmäßig berathenen Entwurf einer allgemeinen Hypotheken-Ordnung der Ständeversammlung in der Kammer der Abgeordneten am 10ten Februar dieses Jahres in der besondern Erwägung vorlegen zu lassen, daß dieses Hypothekensystem vielen Bestimmungen des allgemeinen Civilgesetzbuches zur Grundlage dienen, demselben also vorangehen muß.

Damit der Stände = Versammlung oder deren Gesetzgebungs = Ausschuße das Sammeln der erforderlichen Erläuterungen, dem §. 29. des Königlichen Edikts über die Ständeversammlung vom 26ten May vorigen Jahres gemäß, erleichtert werde, geruhten Seine Königliche Majestät durch allerhöchstes Rescript vom 22ten Febr. dieses Jahres dem Unterzeichneten die Zusammenstellung der Motive des Gesetz = Entwurfes und deren alsbaldige Mittheilung an den Gesetzgebungs Ausschuß aufzutragen, ihn auch zu Allerhöchstdero Commissär für diesen Gegenstand allergnädigst zu ernennen, damit er dem Gesetzgebungs Ausschuße der zweyten Kammer auf dessen Verlangen die hierüber etwa noch nothwendigen Aufschlüße und Notizen ertheile.

Zur Erschöpfung dieses allerhöchsten Auftrags folgt der Unterzeichnete der Abtheilung, welche den vorgelegten Gesetz = Entwürfen zum Grunde liegt, und beginnt mit den Motiven zur Hypothekenordnung, welche in den Verhandlungen der zweyten Kammer zum Protokoll der neunten Sitzung vom 10ten Februar dieses Jahres unter den Beylagen Ziffer 15. Seite 114, — 161. abgedurckt ist.

I.

Ueber den Geist und die Prinzipien des Hypothekenrechts im Allgemeinen.

Bey dem Vorschlag eines neuen Gesetzes muß man vor Allem auf die bestehende Gesetzgebung zurückgehen, und prüfen, ob sie gut oder mangelhaft, mit welchen Mängeln sie behaftet, ob diesen Mängeln durch einzelne gesetzliche Bestimmungen abzuhelfen, oder ob eine Grundverbesserung nothwendig sey.

Im größten Theile des Königreiches Baiern herrscht das sogenannte gemeine Recht (Jus commune) dessen Grundlage das römische Recht, gemischt mit Bestimmungen des kanonischen Rechts, deutscher Rechte und Gewohnheiten, dann mancher Provinzial Verordnungen, ausmacht. Selbst der Codex Maximilianeus ist, wie dessen Inhalt und die gelehrten Annotationen des Freyherrn von Kreitmayr beweisen, aus diesem gemeinen Rechte geschöpft.

Darin herrscht in Beziehung auf Hypotheken folgendes System:

1.) Die Hypothek ist ein dingliches Recht auf einer fremden Sache zur Sicherheit einer Foderung.

2.) Sie wird erworben entweder unmittelbar Kraft des Gesetzes (hypotheca tacita sive legalis) oder durch bloßen Vertrag; dieses Merkmal unterscheidet sie von dem Faust-

Pfand (Pignus) und von dem Nutzungspfand (Antichresis) soferne beyde mit der Uebergabe der Sache (Tradition) an den Gläubiger verbunden sind;

3.) Die Hypothek erstreckt sich entweder auf das gesammte, sowohl bewegliche als unbewegliche, gegenwärtige und zukünftige Vermögen eines Menschen, oder nur auf ein bestimmtes Stück des Vermögens, daher sind die Hypotheken entweder General- oder Special-Hypotheken.

4.) Die Hypothek als dingliches Recht bringt auch eine Realklage selbst gegen den dritten Besitzer der hypothecirten Sache hervor, dieser kann jedoch, der Regel nach, verlangen, daß vorher der Hauptschuldner ausgeklagt werde.

5.) Die Hypothekfoderungen gehen zwar den gemeinen Gläubigern vor, und haben unter sich den Rang nach ihrer Erstehung; aber es giebt

6.) mehrere Hypotheken, welchen ohne Rücksicht auf ihre Entstehung, ein gesetzlicher Vorzug, selbst vor den ältern Hypotheken, zukommt, und welche unter dem Namen qualificatae von den nicht privilegirten Hypotheken (simplices) unterschieden werden; sogar haben

7.) spätere Gesetze manchen Foderungen ohne Hypothek einen Vorzug vor den Hypotheken eingeräumt.

Zu allen diesen finden sich die Belege, neben dem gemeinen Rechte, im Cod. bavar. civili part. II. Cap. VI. sowohl, als im Cod. jud. bavar. cap. XX. und in den verschiedenen Prioritäts-Ordnungen, welche noch in den verschiedenen Gebiethstheilen des Königreiches gelten.

8.) Es mangelt dabey fast durchgehends an einem Mittel, wodurch jeder, der eine unbewegliche Sache an sich bringen, oder gegen Verpfändung einer solchen Sache Geld vorleihen will, erfahren kann, welche stillschweigende oder ausdrückliche Hypotheken auf einer Sache haften, oder welche Hypotheken und Foderungen der neuen Hypothekschuld vorgehen; unbedingt aber mangelt es

9.) an der Sicherheit des Gläubigers, daß sein Schuldner nicht nachher in ein Verhältniß tritt, wodurch ein der

ältern Hypothekfoderung vorgehender Anspruch entstehet. Wer zur Reparatur eines Gebäudes Geld vorstreckt, gehet nach dem Judiziar Koder Kap. XX. §. 5. Num. 1. und 4. demjenigen vor, der das Geld zum Ankauf des Gebäudes früher vorgeliehen hatte, und wer zu Neu-Erbauung eines Hauses Geld vorleihet, hat, dem Judiciarcoder cap. XX. §. 5. num. 4. und 5. zufolge, den Vorzug vor demjenigen, der sich bey dem früheren Verkaufe seines Gutes ein ausdrückliches Unterpfand für den Kaufschilling vorbehielt, wenn gleich jene Reparatur und dieses neu erbaute Haus den Werth der Sache nicht so vermehrt, daß neben der neuen privilegirten Hypothekfoderung die ältere auch privilegirte Foderung befriediget werden kann.

Ein solches System zerstört sich selbst, vernichtet den Kredit und lähmt den Verkehr; denn, wo der Erwerber einer unbeweglichen Sache für unbekannte fremde Schulden nach Jahren noch haften muß, wo der Gläubiger, selbst bey gerichtlichen Geschäften und Hypotheken, nicht sicher gestellt ist gegen nachfolgende privilegirte Foderungen, wo gegen ein heilloses Spiel mit dem Rückdatiren von Schuldbriefen keine Garantie vorhanden ist, da ist es um den Kredit und um den Verkehr geschehen.

Besonders war unter einer solchen Legislation der höhere Stand, unter dem Namen der Siegelmäßigen, im buchstäblichsten Sinne für kreditlos erklärt, seitdem allgemeine Verordnungen verbothen haben, siegelmäßigen oder wechselfähigen Personen ein Anlehen aus dem Stiftungs-Vermögen zu geben.

Die Mängel einer solchen Gesetzgebung sind nicht nur heutzutag allgemein anerkannt, sondern schon die vergangenen Jahrhunderte liefern erfreuliche Beyspiele, wie man in verschiedenen Staaten, an vielen Orten, theils durch Gewohnheit, theils durch Gesetze, diesen großen Mängeln abzuhelfen strebte.

Antiquitäten und gelehrte Forschungen sind zwar hier nicht zweckmäßig, doch darf es nicht unberührt bleiben, daß bey den Griechen, von welchen die Römer durch eine feierliche Ge-

sandtschaft einen großen Theil ihrer Gesetze entnommen haben, die Hypothek mit einem äussern Zeichen verbunden war, welches Jedem öffentlich kund machte, daß die Sache einem Gläubiger zur Sicherheit einer Foderung verhaftet sey; von diesem öffentlichen Zeichen stammt sogar der Namen „Hypothek" ab, womit man dieses Rechts-Institut bis auf den heutigen Tag bezeichnet. Auch die Römer haben, wie den Namen, so das äussere Zeichen im Anfange beybehalten; erst allmählich verschwand es ohne Ersatz, und mit ihm die nothwendige Sicherheit der Hypotheken, die mit der Specialität und Oeffentlichkeit ihr Wesen verändert, und ihre wahre Stütze verloren haben.

In Deutschland und Frankreich wurde zwar mit dem Eindringen des römischen Rechts auch dessen mangelhaftes System vorherschend, aber an vielen Orten fühlte man die Nachtheile, welche die Heimlichkeit der Hypotheken hervorbringt, und man suchte ihnen durch Provinzial-Gesetze und Statuten abzuhelfen.

Belgien zeichnet sich unter diesen vor Allen aus; dort bildete sich in der grauen Vorzeit das Gewohnheitsrecht, daß keine Hypothek bestand, die nicht auf bestimmte Immobilien in die öffentlichen Register eingetragen war, jede Hypothek trug also den zweyfachen Karakter an sich, den der Specialität des Unterpfands, und den, der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher. Diese Institution verbreitete sich über die angränzenden Länder, Lüttich folgte dem guten Beyspiele, ihm folgten einige nördliche Provinzen Frankreichs; unter allen Stürmen und Theilungen erhielten die Belgier dieses heilsame Institut, sie mochten den vereinigten Niederlanden, Frankreich, oder Oesterreich angehören.

So herrschten in Frankreich zwey Hypotheken-Systeme, in einigen Provinzen das fehlerhafte römische System, in andern Provinzen (Picardie, Artois, Flandres,) das bessere germanische System mit Specialität und Publicität, und die Vortheile des letztern waren so unverkennbar, daß die Regierung schon unter Heinrich III. 1581., dann unter Heinrich

IV. 1606., ferner unter Ludwig XIV. im Jahre 1673. und unter Ludwig XV. im Jahre 1771. Versuche machte, das bessere System in ganz Frankreich einzuführen.

Was Heinrichs IV. großer Staatsminister Sully (Mémoires Liv. 26.) wollte, daß Niemand, wes Standes er auch sey, Schulden machen könne, ohne daß man wisse, welche Schulden, an welche Personen, und auf welche Güter er schon kontrahirt habe, dieses auszuführen, war dem großen Colbert, Staatsminister unter Ludwig XIV. vorbehalten. — Er brachte im März 1673. ein Edikt zustand, durch welches das Hypothekenwesen in ganz Frankreich nach dem Vorbilde von Belgien auf die Prinzipien der Specialität der Unterpfänder, und der Publicität der Hypotekenbücher geordnet wurde. Daß der Vollzug dieses Ediktes im folgenden Jahre 1674. suspendirt wurde, hatte seinen Grund theils, wie ausdrücklich dabey bemerkt ist, in den fortwährenden Kriegen, womit Ludwig XIV. Frankreich ins Verderben stürzte, theils in den geheimen Machinationen, die an dem französischen Hofe zu jener Zeit leichten Eingang fanden.

In Colberts bekanntem politischen Testamente wird über die Susspension des Edikts vom Jahre 1673. gesagt:

„Das Parlament wollte diese schöne Einrichtung nicht „dulden, welche der Hyder von Prozessen, wovon es „seinen Unterhalt zog, den Kopf abgehauen hätte. Es „stellte vor, die Großen des Hofes würden dadurch ins „Verderben gestürzt, die, weil sie großentheils mehr „Schulden hätten, als Vermögen, keine Hülfsquellen „mehr fänden, wenn ihre Verhältniße aufgedeckt wür„den. Da es dem Parlamente gelang, durch diesen „Vorwand viele angesehene Personen in sein Interesse „zu ziehen, so haben sie alle miteinander ihre Ränke „so gut angelegt, („ils cabalèrent si bien tous ensem„ble.“) daß man über das Edikt hinausgieng.“

Edel und groß erscheint dagegen das Parlament von Flandern, welches sich dem Edikte v. J. 1771. obwohl es den Mängeln des Hypothekensystemes zwar nicht zur Sicherheit der

Gläubiger, jedoch zur Sicherheit der Käufer durch spezielle Ediktalladungen nachhelfen wollte, auf den Grund seines Hypotheken-Systems widersezte, und erklärte: Es betrachte

„Die Oeffentlichkeit der Hypotheken als das Meisterwerk der Weisheit, als das Siegel, die Grundlage und die Sicherheit des Eigenthums, als ein Grundgesez, dessen Gebrauch zu allen Zeiten die schönsten Wirkungen hervorbrachte, und eben so viele Sicherheit als Erleichterung in den Geschäften gründete, welche die Völker Belgiens unter sich eingehen. Durch diese Form lägen alle Lasten und Hypotheken offen vor Augen, nichts sey erwünschter, als wenn man sich von dem Stande eines jeden Grundstücks durch die bloße Einsicht der öffentlichen Register überzeugen könne. Die Hypotheken würden ganz gleichförmig in den französischen, österreichischen und holländischen Niederlanden, dann im Lütticher Lande behandelt, und die Völker dieser verschiedenen Regierungen machen unter sich eine unzählbare Menge von Geschäften mit dem vollesten Zutrauen.“

Auch Deutschland zeigt ähnliche erfreuliche Beyspiele auf, und besonders waren es die Städte, welche bey regerem Verkehre und größerer Industrie lebhafter die Nothwendigkeit eines Rechts-Instituts für dauerhaften Realkredit fühlten.

Ulm und München verdienen hier vor Allen einer ehrenvollen Erwähnung.

Die ehemalige Reichsstadt Ulm besizt vom Jahre 1401. an ein öffentliches Hypothekenbuch, bestätiget vom K. Ruprecht; in Folge des Privilegii Rupertini sind darin alle zur Stadt Ulm gehörigen Häuser und Grundstücke samt den Besizern und den auf jeder Sache gelegenen Hypotheken verzeichnet, so zwar, daß dieses als das bisher bekannte älteste und bis auf den heutigen Tag fortgesezte Hypothekenbuch in Deutschland nach den Grundsäzen der Specialität und Publicität betrachtet werden kann.

Diesem reihet sich das Grundbuch der Stadt München an, welches der Magistrat, in Folge der damaligen Autono-

mie der Städte, im Jahre 1478. anlegte, und wofür derselbe eine eigene Grundbuchs-Ordnung bekannt machte. Zwar wurde dieses Grundbuch, worin jedes Haus und Grundstück samt den auf jedem haftenden Kapitalien besonders eingetragen ist, und wovon jeder Betheiligte Einsicht nehmen kann, welches also auf den Grundsäzen der Specialität und Publicität ruhet, zuerst blos für die Ewiggeld-Kapitalien angelegt; aber es ist auch aus dem merkwürdigen Berichte des Münchner Stadt Magistrats v. J. 1608. (in Bergmanns beurkundeter Geschichte der Haupt- und Residenz-Stadt München 1783 in fol.) bekannt, daß, dem kanonischen Rechte zufolge, Verträge über ein verzinsliches Darlehen für unerlaubt geachtet, und niemals unter öffentlicher Autorität ausgefertiget wurden, daher die Ewiggeld-Kapitalien die Stelle der verzinslichen Anlehen vertraten, und das Stadt-Grundbuch als ein öffentliches Buch für Special-Hypotheken anzusehen ist, in welches auch später die Vormerkung anderer, sowohl gesezlicher als konventioneller Hypotheken bewilliget wurde.

Einer Aufzählung anderer Beyspiele aus den ältern Zeiten bedarf es hier nicht, aber unbemerkt kann nicht bleiben, daß sogar in der Vorzeit, wo die Gesezgebung noch in der Periode der Kindheit stand, wo Rechts- und StaatsWissenschaft mit der Gesezgebungskunst noch nicht kultivirt waren, reflektirte Erfahrung und gerader Sinn unsere Voreltern dahin führten, das Bedürfniß des Real-Kredits einzusehen, und das Mittel zu finden, wodurch er befriedigend und dauerhaft gegründet werden kann.

Fruchtbar war das achtzehnte Jahrhundert an großen Erscheinungen im Fache der Gesezgebung, deren Einfluß auf den allgemeinen Wohlstand in dem Grade mehr hervortrat, wie die StaatsWissenschaft auch auf die RechtsInstitute ihr wohlthätiges Licht mehr verbreitete, und es sehr fühlbar machte, daß die Geseze in materieller Hinsicht dem Leben und Verkehr anpassen, und so dem Bedürfnisse der Nation entsprechen müssen.

Was für das Kreditwesen an einzelnen Orten im Kleinen geschah, wie mit den Standpfandbüchern in Memmingen,

mit der Landtafel in Kempten v. J. 1738., nach dem Beyspiel von Ulm in vielen Gegenden Schwabens, im Fürstenthum Oettingen, mit den Lehenkonsensen in Franken, und mit den Stadt-Steuer-Obligationen in der Stadt Würzburg, das wird hier nur im Vorbeygehen berührt; größer und ausgebreiteter war das Kredit-Institut der adelichen Gutsbesitzer in Schlesien, welches, gebaut auf die richtigen Prinzipien der Specialität und Publicität, den schlesischen Adel von seinem Verfalle gegen alle Nachtheile vieljähriger Kriege gerettet hat. Diesen einzelnen Erscheinungen folgte bald die Einführung öffentlicher Hypothekenbücher mit Specialität der Unterpfänder in Oesterreich (seit dem Jahre 1758.) dann in Preußen (seit dem Jahre 1783.) und in beyden großen Staaten bewährten sich die wohlthätigen Folgen dieses Instituts in einem so hohen Grade, daß sich Oesterreich bewogen fand, unter dem Namen von Landtafel für die adelichen Güter, und von Grundbuch für die nicht adelichen Besizungen, durch verschiedene Patente bis zum Jahre 1794. in Ober- und Nieder-Oesterreich, in Böhmen und Mähren ein gleichförmiges Hypothekensystem einzuführen, und daß Preußen, wie es seitdem neue Länder erwarb, sogleich auf jede neue Provinz seine Hypotheken Ordnung übertrug, die auch überall von der Nation als hohe Wohlthat mit Dank aufgenommen wurde.

Diesen großen Beyspielen folgte Frankreich, dessen Hypothekenrecht, mit wenigen Ausnahmen, sich auf die beyden erwähnten Principien gründet.

Ueberall, wo ein richtiges Hypotheken System herrscht, zeigen sich dessen wohlthätige Folgen. Die Sicherheit des Rechts ist auf eine dauerhafte unwandelbare Art hergestellt, der Kredit befestiget, die Industrie belebt, dem Wucher gesteuert, dem betrügerischen Schuldenmacher vorgebeugt, die Zahl und Dauer der Prozesse gemindert, und die langjährige Erfahrung jener großen Staaten, in welchen ein richtiges Hypotheken System eingeführt ist, im Vergleiche mit dem Zustand jener Länder, welchen es daran mangelt, die Erfah-

rung, welche als die beste Lehrmeisterin, und die sicherste Garantie für die Gesezgebung geehrt werden muß, hat darüber so bestimmt entschieden, daß nur ein Feind des Wahren und Guten die Nothwendigkeit und die Vorzüge eines auf Specialität und Publicität gebauten Hypotheken-Systems bestreiten könnte.

Wer Licht und Schatten im Kontraste nebeneinander erblicken will, der sehe sich in den Kredit-Geschäften von München oder Franken um. Auf Ewiggeld in München findet man Kredit, gewiß nicht wegen der Unaufkündbarkeit des Kapitals, denn wohl würde es dem Gläubiger angenehm seyn, wenn er im Falle des Bedarfs das Kapital aufkünden könnte, sondern weil Specialität des Unterpfands sammt Publicität der Bücher nebst dem Separations-Rechte, den Gläubiger gegen die Gefahren schüzt, welchen, nach den übrigen bestehenden Gesezen, selbst die erste gerichtliche Hypothek stets ausgesezt ist. — Gewiß ist ein freyeigenes Gut mehr werth, als wenn auf ihm der Grundbarkeits-Verband lastet, und dennoch findet man in Franken gegen Hypothek auf ein freyeigenes Gut den Kredit nicht, den man gegen einen sogenannten Lehenkonsens auf ein grundbares Gut findet, blos aus dem Grunde, weil die Hypothekar-Sicherheit durch die Menge von privilegirten Hypotheken und durch den Mangel an einem richtigen Hypotheken-System gefährdet ist, während die Lehenkonsense durch Specialität der Unterpfänder und Publicität der Konsensbücher alle Sicherheit gewähren.

Aus dem Wesen des Kredits und aus dem Zusammenhängen der Rechts-Grundsäze die Nothwendigkeit eines auf Specialität und Publicität gebauten Hypotheken-Systemes zu entwikeln, und hiedurch zu beweisen, warum dasselbe zu allen Zeiten, an allen Orten, und für alle Klassen die besten Wirkungen hervorbrachte, ist der Zweck der folgenden Ausführung.

Ein Jeder ist schuldig, aus seinem ganzen Vermögen alle seine Verbindlichkeiten zu erfüllen; man kann also das gesammte Vermögen eines Menschen, das bewegliche wie das unbewegliche, das gegenwärtige wie das zukünftige, als das na-

türliche allgemeine Unterpfand für alle seine Verbindlichkeiten ansehen. Bey zunehmender Manichfaltigkeit der Verhältnisse im bürgerlichen Leben, und bey höherer Regsamkeit des Verkehrs zeigt sich aber bald, daß jenes allgemeine Unterpfand nicht hinreicht, sondern viele Verhältnisse eine besondere Sicherheit für die Gläubiger fordern.

Das Erste, worauf die Natur hinweiset, ist der Pfand-Vertrag (pignus), wodurch man den Gläubiger zur Sicherheit seiner Foderung eine Sache übergiebt, und selbst dieser Vertrag war bey den Römern Anfangs in einen Verkauf cum pacto fiduciae eingekleidet.

Diesem Vertrage liegt zum Grunde 1) die Specialität des Pfandes, indem jedesmal eine bestimmte Sache zum Pfande gegeben werden muß, und 2) eine Publicität des Pfandes, da die Uebergabe der Sache ein äusseres Kennzeichen ist, und den Schuldner ausser Stand sezt, die Sache einem andern zum Pfande zu geben.

Unbewegliche Sachen können zwar, wie die beweglichen, zum Pfande übergeben werden; doch begegnet man bald jener Verschiedenheit zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, welche an dem Pfand-Vertrage bey diesen eine andere Gestaltung als bey jenen hervorbringt. Bewegliche Sachen sind leicht theilbar, leicht in das Verhältniß zur Schuld zu bringen; der Schuldner kann sie, ohne eben seinen häuslichen Zustand zu verändern, dem Gläubiger übergeben, und der Gläubiger sie verwahren, ohne mit Arbeit oder Verwaltung zur Gewinnung der Früchte belastet zu werden. Nicht so bei unbeweglicher Sache.

Die Natur der Sache führt also die Nothwendigkeit herbey, dem PfandVertrage über unbewegliche Sachen eine solche Form zu geben, daß der Schuldner im Besize der Sache bleibt, und dennoch der Gläubiger jene Sicherheit hat, die ihm sonst die Uebergabe der Sache gewährte.

Welches auch die Form sey, immer muß der PfandVertrag bey fortdauerndem Besize des Schuldners auf denselben Prinzipien ruhen, auf welchem er bey Uebertragung des Besizes an den Gläubiger ruhet, und zwar

1) hinsichtlich der Sache, worauf der Gläubiger das besondere Recht zu seiner Sicherheit erhält, auf dem Prinzip der Specialität, wie dieses bey dem Faustpfande ist,

2) hinsichtlich der Form auf dem Prinzip der Publicität, die bestehen muß in einem äussern Zeichen wodurch

a) jeder Gläubiger wissen kann, ob und welche Schulden auf der Sache schon haften, und

b) jeder künftige Erwerber wissen kann, für welche Schulden er mit der Sache haften muß.

Die Römer sagten dieses in der bekannten Stelle der Pandekten L. 5. §. 5. D. de pignor. et hypotec. (XX. 1.) „Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt“ — die Gesezgebung hat nur alsdann ihre Aufgabe befriedigend und gerecht gelöst, wenn sie Pfand und Hypothek so behandelt und beyde Rechts-Institute so hinstellt, daß beyde in den Prinzipien gleich und nur dem Namen oder dem Unwesentlichen nach verschieden sind.

Das erste Prinzip, welches die Legislation bey der Hypothek, wie bey dem Faustpfand, festhalten muß, ist die Specialität der verpfändeten Sache, und es läßt sich leicht einsehen, daß die sogenannten Generalhypotheken, welche das gesammte Vermögen des Schuldners afficiren, gar nicht eigentliche Hypotheken, sondern bloße Vorzugsrechte (Jura praelationis, privilèges) seyen. Wo wäre denn eine Schuld denkbar, die nicht den Schuldner verbände, für deren Erfüllung mit seinem gesammten Vermögen zu haften, wo eine Foderung, die nicht den Gläubiger berechtigte, den Schuldner an seinem Vermögen anzugreifen? Die Generalhypothek ist eine natürliche Folge jeder Schuld, zu der man weder eines Gesezes noch einer besondern Verabredung bedarf, und wenn doch die Geseze einer allgemeinen Unterpfands-Verschreibung besondere Wirkungen beylegen, oder einer Forderung jenes generelle Unterpfand mit besonderen Vorzügen zu sprechen, so ist es nicht das Unter-

pfand, sondern vielmehr der Vorzug vor andern Gläubigern, was jene sogenannte Generalhypothek in rechtlichen Wirkungen karakterisirt. Sie ist nichts als ein übel gewählter Ausdruck für das Vorzugsrecht, der sich nur durch den Gang der römischen Gesezgebung erklären läßt, die Anfangs blos den Hypotheken ein Vorzugs-Recht im Konkurse einräumte, und daher sich veranlaßt fand, alle folgenden Vorzüge unter dem Namen stillschweigender Hypotheken einzuführen, woher sich auch der Inhalt des Pandektentitels qui potiores in pignore (Lib. XX. tit. 4.) und der hiernach gebildeten Prioritäts-Ordnungen erklären läßt.

Nur im uneigentlichen Sinne kann man also von einer Generalhypothek sprechen; die besondere Sicherheit, wenn sie etwas anders seyn soll, als ein blosses VorzugsRecht vor andern Gläubigern, wenn sie als dingliches Recht auf einer Sache haften soll, muß eine besondere bestimmte Sache zum Gegenstande haben, und ihrem Begriffe nach in Ansehung der Sache speciell seyn. Die Specialität des Unterpfands ist demnach eine so nothwendige Folge des dinglichen Rechts, daß ohne sie zwar ein Jus praelationis auf das Vermögen des Schuldners vor andern Gläubigern, aber niemals ein jus reale in specialem securitatem crediti — daher so wenig eine Hypothek, als ein Faustpfand — gedacht werden kann. Hypothek als dingliches Recht muß, gleich andern dinglichen Rechten, Eigenthum, Servitut, und Faustpfand, eine bestimmte Sache zum Gegenstand haben, oder mit andern Worten, speciell seyn.

Das zweyte Prinzip ist die Publicität der Hypothek. Besiz der verpfändeten Sache ist das unterscheidende Merkmal zwischen Pfand und Hypothek, denn im Pfande ist der auf den Gläubiger übertragene Besiz das äussere Kennzeichen des dinglichen Rechts, welches dem Gläubiger zur besondern Sicherheit seiner Foderung zusteht, ein äusseres Kennzeichen für jeden, der die Sache eigenthümlich an sich bringen, oder darauf ein dingliches Recht zur Sicherheit einer

neuen Forderung erwerben will. Bey der Hypothek, wo der Schuldner den Besiz der verpfändeten Sache behält, mangelt es an jenem Zeichen, es muß also dafür ein Surrogat hergestellt werden. Dieß fühlten die Griechen, und darum hefteten sie bey jeder verpfändeten unbeweglichen Sache ein äusseres Zeichen an, das jedem die Haftung der Sache für eine Schuld kund machte; eben dieses thaten anfangs die Römer, nachher kam es ausser Uebung, später wurde es ganz abgeschafft, und nicht ohne Grund, denn wer möchte einen Anschlagzettel zur Kundmachung der Hypotheken auf jede unbewegliche Sache heften, wie könnten diese Anschlagzettel verwahrt, und bey der öftern Veränderung an Hypotheken in einem rektifizirten Zustand erhalten werden? Doch war der Römer des Satzes noch eingedenk, daß Pfand und Hypothek nur dem Namen nach verschieden seyn sollen; da ihm nun nicht entgehen konnte, daß der Besiz zwischen beyden den Hauptunterschied ausmacht, so gab er dem Gläubiget gegen den Schuldner ein possessorisches Rechtsmittel, das bekannte Interdictum Salvianum und quasi Salvianum, wodurch der Gläubiger jeden Augenblick den Besitz der hypothecirten Sache erlangen, und die Hypothek sogleich in ein Pfand verwandeln konnte. Damit hatte auch die Gesetzgebung, soviel den Schuldner angehet, ihr Amt erfüllt, aber dafür, daß einerseits jeder Gläubiger die ihm vorgehenden Hypotheken, und jeder Käufer die auf der Sache haftenden Hypotheken wissen konnte, für diese Sicherheit hatte das römische Recht nicht gesorgt, hiefür war kein Surrogat des äusseren Zeichens hergestellt, und diese Lücke ist der Grund aller Mängel, womit das römische Hypothekensystem und jede demselben nachgebildete Gesetzgebung behaftet ist, Mängel, die es selbst anerkennt, indem es sich unter andern in einer Stelle des Coder (L. 11. qui potiores in pignore VIII. 18.) über die vielen heimlichen Hypotheken beklagt, daher den öffentlichen Hypotheken den Vorzug ertheilte, und die in Urkunden mit der Unterschrift von drei Zeugen bestellten Hypotheken den öffentlichen gleich stellt, und doch keine Anstalt traf, durch welche die Hypotheken

die Oeffentlichkeit erhielten, der sie zur Sicherheit des Rechts des Gläubigers und selbst dritter Personen bedürfen.

Will die Gesetzgebung die Aufgabe lösen, die Hypotheken als eine Art des Pfandes nach den wesentlichen Prinzipien des Faustpfandes zu ordnen, und dem Schuldner den Besitz der verpfändeten Sache ohne Gefahr des Gläubigers und künftigen Erwerbers zu lassen, und zu erfüllen, was die Römer wollten, daß zwischen Hypothek und Pfand nur der Namen verschieden sey, so muß sie bey Hypotheken für das äussere Zeichen, das bey dem Faustpfande in Uebertragung des Besitzes an den Gläubiger liegt, nicht nur ein Mittel gegen den Schuldner, sondern ein äusseres Zeichen, erkennbar für jeden folgenden Gläubiger oder Erwerber, herstellen, sie muß also eine Institution machen, daß alle auf einer bestimmten Sache haftenden Hypotheken in ein Buch eingetragen werden, dessen Einsicht einem jeden, der dabey als Gläubiger, als Käufer, als Cessionar u. d. ein Interesse hat, über die auf der Sache haftenden Hypotheken belehrt, und in den Stand setzt, bey Anlehen, Gutskäufen oder ähnlichen Rechtsgeschäften mit voller Sicherheit und ohne große Beschwerden zu handeln. Dieses ist die Publicität der Hypotheken durch den Eintrag in öffentliche Bücher.

Das Gesagte mag als philosophisch juristische Konstruktion des Rechts des Unterpfands überhaupt und des Wesens der Hypotheken insonderheit genügen, und zum Beweise dienen, daß die Prinzipien der Specialität und Publicität bey Hypotheken nicht auf Rücksichten der Konvenienz beruhen, die mit falschen oder wahren Farben freylich auf verschiedene Weise dargestellt, manichfaltig angefochten, und verschieden beurtheilt werden können, sondern daß sie aus unumstößlichen Grundsätzen und klaren Begriffen des Rechts hervorgehen. —

Auf dieser unerschütterlichen Grundlage ruhet das im Entwurf enthaltene Hypothekensystem, und man könnte über alle Gründe der Konvenienz und Politik hinweggehen, bey welchen man sich in ein weites Feld verliert, wo des Streitens kein Ende ist, weil es an dem ewigen und festen Canon gebricht,

nach welchem sich das Wahre vom Falschen unverkennbar für jedes unbefangene Auge unterscheidet. Ohnehin hat das, was auf Wahrheit und Recht sich gründet, und in strenger Consequenz durchgeführt wird, den sichersten Garanten für seinen guten Erfolg in der Wahrheit der leitenden Prinzipien selbst. Doch soll auch die Convenienz nicht unberührt bleiben.

Der Kredit, wie ihn die Gesetzgebung bey allen darauf sich einwirkenden Rechts Institutionen fest im Auge behalten muß, beziehet sich entweder auf den Handel, oder auf die übrigen bürgerlichen Verhältniße. —

Der Kredit im Handel richtet sich nach den eigenthümlichen Handels-Verhältnißen; er wird geweckt und genährt durch die Nothwendigkeit, die den Kaufmann seines eigenen Vortheils wegen zwingt, Kredit zu geben und zu nehmen; er stützt sich auf das persönliche Zutrauen, das Einer oft mehr durch Betriebsamkeit, Ordnung und Pünktlichkeit in seinen Handelsgeschäften als durch sein reines Vermögen verdient, auf die kürzeren und bestimmten Zahlungs-Termine, die keine Vorsorge und Sicherheit für künftige Zeiten nothwendig machen, auf die strengste Execution und auf den Vortheil des Schuldners selbst, welchen der geringste Verzug in Erfüllung seiner Handels-Verbindlichkeiten in das Verderben stürzt; in bedenklichen Fällen dienen ihm eigene dem Handel angemessene Deckungs-Objekte zur besondern Sicherheit; hier entscheidet vorherrschend der Personal-Kredit.

Der Kredit im übrigen bürgerlichen Verhältnisse hingegen ist seiner Natur nach dauerhafter, seltner ist der Vortheil des Kreditgebers so groß, daß er sich dazu bey unzureichender Sicherheit verstünde, die Zahlungs-Termine sind oft unbestimmt, gewöhnlich aber auf längere Zeit hinausgesetzt, die Execution wird nach manchen Rücksichten schonender abgemessen, dieser Kredit fodert also eine dauerhafte auch in späteren Jahren hinreichende Sicherheit.

Ein Kaufmann, der persönliches Zutrauen hat, findet in seinen Handels-Geschäften, ohne Rücksicht auf sein reines und liegendes Vermögen, Kredit für viele Tausende, wäherend ein

anderer Privatmann bey gleich guten persönlichen Eigenschaften, seltne Ausnahmen abgerechnet, nicht mehr Credit findet, als er mit unbeweglichem Vermögen sicher stellen kann.

Nichts ist auch natürlicher. So lange der Mensch über sein Vermögen frey disponiren und dessen Theile frey veräussern kann, ist alles veränderlich, wie des Menschen Denkungs-Art und Handlungsweise. Diese kann Niemand ergründen, noch weniger für die Zukunft berechnen. Mancher, der im Anfang sparsam und ordnungsliebend war, verfiel nachher in Verschwendung. Auf wandelbare und schwer erforschliche persönliche Eigenschaften läßt sich ein dauerhafter Kredit für die Verhältnisse des gewöhnlichen bürgerlichen Lebens und Verkehrs nicht gründen.

Am Auffallendsten zeigt sich dieses, wenn der Kaufmann in ein Verhältniß des gewöhnlichen bürgerlichen Verhältnisses kommt. Will er heurathen, so verlangt seine Gattin von ihm, wie von jedem andern Bürger, für das eingebrachte Vermögen eine Hypothek, während ihm andere Kaufleute zu eben der Zeit in Handelsgeschäften Tausende ohne Hypothek kreditiren: und mit Recht, denn sie sagt ihm, der Fall, wo sie ihr Eingebrachtes zurückfodern könne, trete erst in späteren Jahren ein, er könne in der Zwischenzeit durch mißlungene Spekulationen, durch Unglück, durch andere Ursachen in Abnahme seines Vermögens gerathen, für diese Zukunft könne sie sich nicht der Ungewißheit Preis geben. — Will er ein Haus kaufen, und einen Theil des Kaufschillings auf längere Zeit als Kapital verzinsen, so verlangt der Käufer aus gleichen Gründen eine Hypothek auf die verkaufte Sache. In diesen zwey alltäglichen Beyspielen spricht sich die Verschiedenheit des Kredits in Handelsgeschäften und in andern bürgerlichen Verhältnissen deutlich und zwar dahin aus, daß jener mehr vorübergehend, und persönlich, dieser mehr andauernd und reel seyn muß.

Dauerhaft für künftige Zeiten läßt sich der Kredit nicht auf bewegliche Sachen, also auch nicht auf die Gesammtheit des Vermögens eines Schuldners gründen, wenn

dieser darüber nach Belieben verfügen, oder, wie man sehr gut sagt, sein unbewegliches Vermögen mobilisiren kann. Nur unbewegliche Sachen sind ein taugliches Objekt für den Realkredit und selbst dieses nur unter der Voraussetzung,

1.) daß die Hypothek als ein Realrecht zur Sicherheit der Foderung die unbewegliche Sache selbst und so belaste, daß die Haftnung mit der Sache auf jeden dritten Besitzer derselben übergeht — weil sonst der Gläubiger bey einer Veräusserung der Sache keine Sicherheit hätte;

2.) daß jeder Gläubiger ohne besondere Beschwerde und weitläufige Nachfragen sogleich erfahren kann, ob und welche Hypotheken auf einer unbeweglichen Sache bereits haften, um darnach zu beurtheilen, ob und welche Sicherheit die Sache ihm gewährt, — weil sonst andere Gläubiger mit einem Vorzuge seine Hypothek unwirksam machten.

Die erste Voraussetzung gilt als ein neuer Beweis für die Nothwendigkeit der Specialität, die zweyte Voraussetzung beweiset die Nothwendigkeit der Publicität.

Soll Hypothek ein Realrecht auf einer unbeweglichen Sache seyn, so muß sie, gleich allen andern Realrechten, eine bestimmte Sache zu ihrem Gegenstand haben, wie dieses bey dem Eigenthum, der Servitut und dem Pfande ist, und nicht anders seyn kann. Soll die Hypothek als Realrecht den Gläubiger gegen andere Gläubiger sicher stellen, so muß eine öffentliche Anstalt getroffen werden, wodurch er leicht alle auf derselben Sache lastenden Hypotheken erfahren kann, und diese Oeffentlichkeit ist auch in Ansehung dritter Besitzer nothwendig, da sonst das Gesetz, ohne die Gerechtigkeit zu verletzen, gegen den dritten redlichen Erwerber der Sache aus einem ihm unbekannten Vertrage (dem Hypothekar-Kontracte) für eine fremde Schuld keine Klage einräumen könnte. Die Publicität der Hypothekenbücher schließt auch von dieser Seite die Specialität der Hypotheken nothwendig in sich.

Die Gesetzgebung kann also den Realkredit auf eine dauerhafte und allen bürgerlichen Verhältnissen angemessene Weise nur dadurch begründen, daß sie

1.) die Hypotheken als ein Realrecht blos auf Immobilien bestellen läßt,

2.) daß dieses Realrecht zur besondern Sicherheit einer Foderung, gleich allen andern Realrechten, immer nur auf einer bestimmten unbeweglichen Sache, sie sey ein Gutskomplex oder ein einzelnes Grundstück, haftet, also jede Hypothek eine Specialhypothek ist;

3.) daß sie eine öffentliche Anstalt errichtet, wodurch jeder Betheiligte, er sey Gläubiger, Käufer, Cessionar u. d. sogleich und genau erfahren kann, ob und welche Hypotheken auf einer Sache haften;

4.) daß demnach keine Hypothek bestehet, die nicht aus jener öffentlichen Anstalt jedem Betheiligten bekannt seyn kann, und jede Hypothek erst durch diesen Eintrag in jene Anstalt - Hypothekenbücher — erworben wird;

5.) Daß der Vorzug unter den Gläubigern genau nach dem Zwecke des Realedikts bestimmt, daher keine Foderung den Hypotheken vorgezogen wird, welche die Hypothekar-Sicherheit gefährden könnte, und daß unter den Hypothek-Gläubigern selbst der Rang sich lediglich nach dem Alter ihrer Inscription in die Hypothekenbücher richtet.

Nach dieser Entwickelung und Rechtfertigung der obersten Prinzipien bestehet also das im Entwurfe vorgeschlagene Hypothekensystem in folgenden Hauptsätzen:

1.) Hypotheken sind ein dingliches Recht auf einer bestimmten unbeweglichen Sache zur besonderen Sicherheit einer Foderung. Auf Mobilien kann man ein Pfandrecht erwerben, auch bestehen noch gesetzliche Vorzugs-Rechte, die sich auf das gesammte bewegliche oder unbewegliche Vermögen erstrecken, jedoch keine Hypothek sind, kein Recht gegen den dritten Besitzer der Sache begründen, und den Hypotheken selbst nachstehen müssen.

2.) An jeder Hypothek muß das Recht, sie zu erwerben (Titulus) von deren wirklicher Erwerbung (modus adquirendi) unterschieden werden; so wenig der Kaufvertrag das Eigenthum selbst auf den Käufer überträgt, ebensowenig entstehet mit dem Rechte zu einer Hypothek die Hypothek selbst. Die wirkliche Hypothek als dingliches Recht entstehet erst durch die Inscription in die öffentlichen Hypothekenbücher.

3.) Das Recht, eine Hypothek zu erwerben, kann sich unmittelbar im Gesetze oder im erklärten Privat-Willen gründen, es kann sich auf alle gegenwärtige und künftige Immobilien des Schuldners erstrecken, oder auf eine bestimmte unbewegliche Sache beschränkt seyn, wie es bisher gesetzliche und konventionelle General- und Special-Hypotheken gab, aber dieser Rechtstitel allein giebt die wirkliche Hypothek nicht, sondern es muß

4.) in Ansehung der Erwerbung die wirkliche Hypothek

a.) allemal in die öffentlichen Bücher eingetragen, folglich eine ausdrückliche und

b.) eben deßwegen, weil die Eintragung nicht anders als auf eine bestimmte unbewegliche Sache gedacht werden kann, eine Special-Hypothek seyn.

Daher giebt es künftig im Sinne des bisherigen Rechts keine durch das Gesetz allein bestehenden. (legales vel tacitae) und keine allgemeinen (generales) Hypotheken mehr.

5.) Der Vorzug der Hypothek-Gläubiger vor den übrigen Gläubigern (mit äusserst wenigen Ausnahmen) läßt sich, ohne Abänderung der bisherigen Prioritäts-Ordnungen, dadurch sicher stellen, daß man die Immobilien, worauf Hypotheken haften, von der gemeinen Masse sondert, die Hypothek-Gläubiger als Separatisten daraus befriediget, und den Ueberrest an die gemeine Masse hingeben läßt, wie es in der Stadt München hinsichtlich der Ewiggelder, in Franken hinsichtlich der Lehenkonsense, und in Preußen hinsichtlich der Hypotheken längst beobachtet wurde.

6.) Unter den Hypothek-Gläubigern richtet sich der Vorzug bloß nach dem Alter der Inscription in die öffentlichen Bü-

cher; es giebt also keine sogenannten qualifizirten Hypotheken mehr, welche bisher durch spätere Handlungen den ältern Hypothekar Gläubiger um seine gerechte Foderung brachten, und die Sicherheit des Hypothekenrechts gegen dessen Hauptzweck zerstörten.

7.) Die Hypothekenbücher werden als ein unstreitiges Rechtsgeschäft unter amtlichen Glauben von jener Behörde geführt, welcher die unstreitige Gerichtsbarkeit über die Sache zustehet, worauf Hypotheken eingetragen werden sollen. Dieser amtliche Glauben garantirt das Institut.

8.) Die Hypothekenbücher sind öffentliche, jedem Interessenten zugängliche, also im Rechtssinne gemeinschaftliche Urkunden.

9.) Die Folgen der Publicität beschränken sich daher nicht auf das Recht, die Bücher einzusehen, sondern sie bestehen vielmehr vorzüglich darin, daß nur nach den Einträgen, wie sie im Hypothekenbuche stehen, Rechte erworben werden können, daß jede im Vertrauen auf diese Einträge vorgenommene Handlung alle derselben gemäße Wirkungen hervorbringt, unabhängig von dem, was etwa unter den Betheiligten im geheimen vorgieng, daß Niemand mit der Unwissenheit dieser Einträge sich entschuldigen kann, und jeder, welcher durch Unterlassung der Einsicht beschädiget ist, sich es selbst zuschreiben muß, daß er nur von dem, mit dem er sich in ein nicht eingetragenes Geschäft eingelassen hat, seine Entschädigung fodern kann.

Aus allem diesem erhellet denn, daß Hypothekenbücher mit der nothwendigen Befestigung des Privatkredits nicht eingeführt werden können, so lange

1.) Die Gesetze noch viele Hypotheken durch das Gesetz unmittelbar (legales) entstehen lassen (Cod. bavar. civ. P. II. Cap. VI §. 4. und Cod. bavar. Jud. Cap XX. §. 5. 6. und 10.) so lange sie

2.) noch General-Hypotheken zulassen, und diese auch auf das Mobiliar-Vermögen ausdehnen (Cod. bavar. Judic. Cap. XX. §. 10.) — so lange sie

3) unter den Hypotheken den Rang nicht immer von der Zeit der Eintragung in die öffentlichen Bücher abhängig machen, sondern vielmehr öfter die jüngere Hypothek der ältern vorziehen (Cod. bavar. Jud. Cap. XX. §. 5. 6. 7.) — so lange sie

4) manche Foderungen ohne Hypothek selbst den eingetragenen gerichtlichen Hypotheken vorziehen, oder nach dem Alter des Privatgeschäfts gleich stellen (Cod. Jud. bavar. Cap. XX. §. 4. — 8.) — so lange sie

5) gegen den dritten redlichen Besizer die Hypothekar-Klage wegen unbekannter sowohl stillschweigender als konventioneller Hypotheken zulassen (Cod. bavar. Civil. P. II. Cap. VI. §. 19.) —

Man kann also den Mängeln des bisherigen Hypotheken-Wesens nicht blos durch Anordnung öffentlicher Bücher abhelfen, sondern es ist unumgänglich nothwendig, das ganze Hypotheken-Recht, als die Basis jener Bücher, nach den beyden Prinzipien der Specialität und Publicität vom Grunde aus vollständig zu bearbeiten, und jede halbe Maasregel würde, anstatt den bisherigen Mängeln abzuhelfen, das Uebel noch vermehren, und den Privatkredit vollends zerstören.

Oesterreich, Preußen und Frankreich sind auch darüber die aus der Erfahrung sprechenden Beweise.

Die Vortheile des neuen, auf Specialität und Publicität gebauten Hypothekensystems, die durch die lebendige Erfahrung jener Staaten und selbst durch mehrere Provinzial-Institute und örtliche Anstalten im Königreiche Baiern bewährt sind, können mit einigen aus dem Leben genommenen Betrachtungen anschaulich dargestellt werden.

1) Denke man den Verkauf eines unbeweglichen Gutes, und die Verlegenheit, welcher der Käufer und Verkäufer im Mangel eines richtigen Hypothekensystems ausgesezt sind. Wer stellt den Käufer darüber sicher, ob auf der gekauften Sache keine Hypotheken haften? — Man nahm dafür zur Ediktalladung der unbekannten Gläubiger seine Zuflucht — Aber! nicht zu gedenken, wohin es führt, wenn mit Kosten und Zeit-Verlust bey allen Käufen drey Ediktalladungen in den Zeitungen erscheinen müß-

ten, die ganze Maasregel ist gesezlos. Man vergleiche nur den Codex bavaricus civilis Part. II. Cap. VI. §. 20., wo zwar bestimmt ist, daß die Hypothekar-Klage gegen den dritten Besizer durch die Verjährung erlösche, wo aber von Erlöschung derselben durch Stillschweigen auf ergangene Ediktalladung kein Wort stehet. Jene theure, und dem Verkäufer fast schimpfliche Ediktalladung hat daher gar keine gesezliche Wirkung; wie denn auch das k. Oberappellationsgericht nunmehr fest auf Satze beharret, Ediktalladungen der Gläubiger mit einem Präjudiz seyen ausser dem Concurse unzulässig.— Man nimmt also zur Vorenthaltung eines Theils vom Kaufschilling seine Zuflucht; daraus entstehet eine große Lähmung des Verkehrs, ein bedeutender Schaden für den Verkäufer, und eine neue Hypothek, der Anlaß zu neuen Diffikultäten und Prozessen. Diese Inkonvenienzen verschwinden, wenn ein Hypothekenbuch den Käufer mit allen auf der Sache haftenden Hypotheken bekannt macht, und ihm dafür Gewährschaft leistet, daß er wegen keiner andern Forderung beunruhiget werden kann.

2.) Dem Hypothek-Gläubiger steht, wenn er gegen den dritten Besizer die Hypothekar-Klage anstellt, die Einrede der Vorausklagung des Schuldners (exceptio excussionis) entgegen. Er muß also erst diesen ausklagen, und kann — dieser gerathe in Concurs oder nicht — leicht vier bis sechs Jahre herumgezogen werden, ehe ihm auch nur die ferne Hoffnung wird, durch einen neuen Prozeß von dem dritten Besizer bezahlt zu werden.

3.) In welchen Verlegenheiten sich der redliche industriöse Bürger befindet, wenn er eines Kapitals bedarf, ist bekannt. In gleicher Verlegenheit befindet sich der redliche Geld-Inhaber, der gerne sein Geld auf landesübliche Zinsen ausleihet, aber sich dazu nicht entschliessen kann, weil er selbst durch eine gerichtliche Hypothek jezt keine hinreichende Sicherheit erhält. Die stillschweigenden und privilegirten Hypotheken sind das Grab des ganzen Privat-Kredits, und die Mutter des Wuchers und der Aggiotage — Bestehet aber ein richtiges Hypothekensystem, so findet derjenige, welcher hinreichende Realsicherheit

leisten kann, auf den Grund der öffentlichen Hypothekenbücher stets den nothwendigen Kredit. Die Erfahrung zeigt noch jezt, daß an jenen Orten, wo ein gutes Hypothekensystem herrscht, Kapitalien zu 4. Prozent hingeliehen werden, während sie im entgegengesezten Falle nicht um 6. Prozent zu haben sind.

Daß die Specialität die Arbeiten einigermassen vermehrt, kann man dahin gestellt seyn lassen, denn diese Vermehrung ist selbst in den Kreisen, wo weniger Guts-Komplexe, und desto mehr einzeln besessene Grundstücke sind, nur scheinbar. Bestehet doch jede Stadt mit ihrem Burgfrieden aus lauter einzeln besessenen Objekten, und dennoch hat die Führung des Stadtgrundbuchs in München vom Jahre 1478. an noch keine Beschwerde über vermehrte Arbeit veranlaßt! Betrachten wir den Rheinkreis, wo, wie die erst jüngsthin erschienenen instruktiven Verordnungen in Betreff der verschiedenen Dienstzweige des in dem Rheinkreise gesezlich bestehenden direkten Steuerwesens gleich in der ersten Verordnung §. 5. Seite IV. sagen,

„die Güter meistens in sehr viele und kleine Parzellen „vertheilt sind, und selten große und zusammenhängende „Massen von Gütern vorkommen, welche einem einzelnen „Eigenthümer angehören, und demnach durch Käufe, und „Verkäufe, Vertauschungen, Vertheilungen der Aeltern „unter ihre Kinder, Erbschaften, gerichtliche und aussergerichtliche Versteigerungen und Vertheilungen, der Besiz„stand der Güter während eines Jahres viele und große „Aenderungen erleidet.“

Was folgt daraus? — Nichts anders, als was der §. 5. sagt, daß die Mutterrollen jedes Jahr nach dem zur Epoche ihrer Ausfertigung bestehenden wirklichen Besizstande erneuert werden müssen, damit die Heb-Rollen (der Steuer) darnach ausgefertiget werden können. Muß und kann dieses alle Jahre für die Steuer-Rollen geschehen, so ist es eben so leicht für die Hypothekenbücher möglich, und jene jährlich rektifizirten Steuer-Rollen könnten sogar für die Rektifikation der Hypothekenbücher in Ansehung der Besizer zum Anhaltpunkte dienen.

Aber, selbst einige Vermehrung der Arbeit zugestanden, verschwindet diese kleine Beschwerde, gegen die großen Wohlthaten, welche aus der Specialität der Hypotheken für Schuldner und Gläubiger zugleich und für das Hypothekensystem als Kredit-Institut im Ganzen entstehen, da sich ohne Specialität der Hypotheken die Publicität nicht denken, also auch nicht ausführen läßt, wie nöthigenfalls noch besonders bewiesen werden soll.

Ohne Specialität könnte der Schuldner bey einer einzigen Hypothekschuld kaum das unbedeutendste Grundstück ohne Gefahr, von seinen Gläubigern angegriffen zu werden, verkaufen: Ohne Specialität könnte der Schuldner nicht nach seinem Bedürfniß größere oder kleinere Anlehen aufnehmen: Ohne Specialität wüßte der Gläubiger nicht, an welches bestimmte Grundstück er sich zu halten habe, und der Chicane wäre ein weites Feld geöffnet, indem der Schuldner bey jedem Angriff auf ein Grundstück Einreden über dessen Unentbehrlichkeit vorbringen und die Exekution durch Heimweisung auf ein anderes vereiteln könnte.

Wie es vollends ohne Specialität der Hypotheken mit der Hypothekarklage gegen den dritten Besizer gehalten, was als Aktivmasse und als Gegenstand der Hypothek in den Hypothekenbüchern vorgetragen werden solle, oder ob man vollends nur die Hypothek-Schulden ohne Aktivmasse und Sicherheits-Objekte — eine Ausgabe ohne Einnahme, einen Passivstand ohne Aktivstand, ein Kreditmittel ohne Dekungs-Objekte, hinstellen, und solchergestalt den Kredit mit Füßen treten wolle, dieses mag vor der Hand nur berührt bleiben!

Der Erbadel ist gesichert durch die Familien Fideikommisse, die eigentliche Stüze des erblichen Adels; er ist vielfach erleichtert in deren Erneuerung oder Errichtung durch das k. Edikt über die Familien-Fideikommisse, und die dafür angeordnete, auf den Prinzipien der Specialität und Publicität gebaute Matrikel ist schon sein Hypothekenbuch. Der übrige größere Theil der Nation hingegen, eben der, von dessen Industrie und Verkehr der allgemeine

Wohlstand so wesentlich abhängt, und der eines ganz zweckmäßigen Instituts für den Privatkredit am meisten bedarf, würde ohne ein richtiges Hypotheken-System die wesentlichste Stüze der Industrie und des Verkehrs verlieren, und hiedurch würde am Ende der allgemeine Wohlstand zerstört, der doch die Hauptstärke des Staates ausmacht.

Diese, theils aus der Rechtswissenschaft, theils aus der Natur des bürgerlichen Verkehrs, theils aus den Wirkungen, theils aus vieljähriger Erfahrung in mehreren großen Staaten und in einzelnen Orten des Königreiches dargestellten Gründe beweisen die Nothwendigkeit, das Hypothekensystem auf die beyden Prinzipien der Specialität und Publicität zu bauen, und hiernach das ganze Rechts-Verhältniß der Hypotheken von Grund aus in einem vollständigen Geseze zu bestimmen. — Hypothekenbücher ohne ein harmonisches und vollständiges Hypotheken-Recht wären ein Gebäude ohne Fundament!

Eben diese Betrachtungen zeigten auch die Nothwendigkeit, bey dem Gesez-Entwurfe tiefer in das Detail und in die Folgesäze der leitenden Principien einzugehen, obgleich das neue Gesez dadurch einen größeren Umfang erhielt. Bey einem neuen Rechts-Institute ist es besser, wenn man durch Verbindung der obern Prinzipien mit ihren Folgesäzen den Geist des Instituts hervorhebt, in seinen Folgen festhält, und dadurch sich eine Gewährschaft dafür herstellt, daß das Gesez überall in seinem Geiste aufgefaßt und angewendet, und das neue Institut allenthalben, ohne Anstände zu finden, in das Leben eingeführt werde.

Das gemeine Recht, der Baierische Civil-Codex, das allgemeine preußische Landrecht, jene drey Rechtsquellen, welche im größten Theile des Königreiches herrschen, zeichnen sich durch eine gewisse praktische Vollständigkeit und durch Exposition der aus den obersten Grundsäzen abgeleiteten Säze aus. An diese Form der Gesezgebung sind Richter, Partheien, und Advokaten gewöhnt; bey einem neuen Geseze und einem gewissermassen neuen Rechts-Institute wäre es sehr bedenklich, jene gewöhnte Methode zu verlassen, und es dem Zufall anheim zu

stellen, ob die Richter und Partheien die allgemeinsten Säze auf die untergeordneten, die eben im täglichen Geschäfts-Leben gewöhnlich vorkommen, richtig und gleichförmig anwenden.

So erhielt denn der erste Gesez-Entwurf unter dem Namen Hypothekenordnung zwey Titel, von welchen der erste das Recht der Hypotheken, der zweyte die Führung der Hypothekenbücher und das Verfahren in Hypothekensachen behandelt.

Bey Abfassung und Prüfung des Entwurfes wurde alles Gute benüzt und berücksichtiget, was andere Geseze enthalten, doch wurde stets mit strenger Prüfung und im Geiste des Hypotheken-Instituts zu Werke gegangen; denn man irrt gar sehr, wenn man glaubt, zur Gesezgebung brauche man nichts weiter, als sich in drey oder vier guten Gesezbüchern umzusehen, und aus Jedem einige ansprechende Bestimmungen zu entnehmen, und zusammen zu sezen. Das Streben nach Originalität und das flüchtige Compiliren, das sind die gefährlichsten Feinde einer guten Gesezgebung. Man muß in den Geist eines ganzen Gesezbuches, und eines jeden darin aufgestellten Instituts eingedrungen seyn, den Zusammenhang aller einzelnen Bestimmungen kennen, und seine Aufgabe theoretisch und praktisch ganz beherrschen, ehe man die Uebertragbarkeit einer Bestimmung in ein anderes Gesez zu beurtheilen, und ein harmonisches dauerhaftes Gebäude herzustellen vermag. —

In diesem Geiste ist der Entwurf bearbeitet, und von theoretisch und praktisch vollendeten bewährten Staatsmännern, die das Vertrauen Seiner Majestät des Königs und der Baierischen Nation längst verdient haben, mit umsichtsvoller Prüfung berathen worden.

Daher muß der vorliegende Gesez-Entwurf, ungeachtet manche Bestimmungen mit andern Gesezbüchern und Verordnungen übereinstimmen, als ein selbstständiges in sich geschlossenes Werk betrachtet und beurtheilt werden.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen wird zu den Motiven der einzelnen Bestimmungen geschritten.

Motive
zu den einzelnen Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung.

Titel I.
Vom Rechte der Hypotheken.

Zum §. 1.

Der Begriff ist nach den Prinzipien des neuen Hypothekensystems gezeichnet. Das Wort „besondere Sicherheit" unterscheidet die Hypothek von dem allgemeinen natürlichen Unterpfand, das jedem Gläubiger an dem ganzen Vermögen seines Schuldners zusteht, und der Beisatz, daß das dingliche Recht erst durch den Eintrag in die Hypothekenbücher erworben werde, ist wesentlich, wie bey dem Begriffe von Wechseln oder Ewiggeld oder andern Rechts-Instituten, welche zu ihrer Wesenheit eine bestimmte Form fodern, diese Form einen Bestandtheil des Begriffes ausmacht.

Zum §. 2.

Daß die Hypothek ein Sicherheitsmittel, ein accessorisches Recht sey, das in seiner Existenz und Dauer von der Hypothek-Verbindlichkeit abhängt, ist ein allgemeiner auch in dem vorliegenden Hypotheken-Systeme, so viel wenigstens den Schuldner und Gläubiger unter sich angehet, praktischer Satz, dessen Anwendung im §. 41. und 80. sich zeigt. Allein er wird durch die Publicität der Hypothekenbücher in vielen Punkten limitirt, weshalb demselben ein allgemeiner Vorbehalt angehängt wurde, von dem in den §. 25. 26. 31. 41. 46. u. a. m. besondere Folgen vorkommen.

Zum §. 3.

Daß nur Immobilien taugliche Mittel für dauerhaften Credit sind, ist im Eingang bewiesen worden. Gewisse andere Realrechte, welche mit der Person nicht erlöschen, z. B. Dominikal-Renten, Zehnten, werden den Immobilien gleichgeachtet. Wegen der leibrechtbaren Güter, (deren es auch in Schwaben giebt) hätte über deren Tauglichkeit zur Hypothek Zweifel entstehen können, dem eine Hinweisung auf die an jedem Orte gültigen Gesetze (z. B. für Baiern Cod. bavar. civ. P. VI. Cap. VII. 29. num. 3. verbunden mit den Annotationen) vorbeugt.

Zum §. 4. u. 5.

Jede Bestellung der Hypothek ist eine Art von Veräusserung; man würde aber sehr irren, wenn man daraus den Schluß zöge, zur Gültigkeit einer Hypothek werde in der Person dessen, wider den sie erworben werden soll, die Fähigkeit erfodert, die Sache zu veräussern. Diese persönliche Fähigkeit ist nur bei den freywilligen Hypotheken nothwendig, nicht aber bey den gesetzlichen; deswegen wurde die persönliche Fähigkeit dem §. 14. vorbehalten, hier aber nur von der für alle Hypotheken gültigen und aus der Sache selbst hervorgehenden Befugniß, darüber zu disponiren, gehandelt.

Hiemit sind einige Bestimmungen über die gewöhnlichsten Verhältnisse verbunden, bey welchen die Frage bestritten werden könnte, ob sie die Hypothek-Erwerbung verhindern. Daß bedungenes Rückkaufs-Recht und Nutzniessung (vergl. Cod. civ. bav. P. II. Cap. IX §. 7. num. 2.) kein Hinderniß machen, leuchtet von selbst ein; zweifelhafter hingegen ist, ob das bey einem Rückstand am Kaufschilling gewöhnliche pactum reservati dominii oder constituti possessorii die Hypothek nicht hindern?

Geht man auf den Ursprung dieses Vorbehaltes bey Veräusserung unbeweglicher Güter zurück, so findet man, daß nur die frühere höchstfehlerhafte Gesetzgebung zu demselben die Ver-

anlassung gab; denn unter Gesetzen, die eine Menge anderer Gläubiger selbst dem Kaufschillings-Reste vorziehen, hatte der Verkäufer in der Hypothek keine hinreichende Sicherheit und erst im Vorbehalte des Eigenthums konnte er sie finden. Dazu drängt ihn nach dem neuen Hypotheken-Rechte keine Noth; sein Kaufschillingsrest wird, dem §. 15. gemäß, als Hypothek gegen alle spätere Vorzugsrechte sicher gestellt, und eine größere Sicherheit braucht er nicht. Läßt der Verkäufer den Käufer als neuen Eigenthümer ins Hypothekenbuch eintragen, so müssen ihm alle Rechte des Eigenthümers zukommen, die mit der Sicherheit des Kaufschillings-Restes vereinbar sind, folglich auch das Recht weiterer Verpfändung. Wenn die Gesetzgebung freye Benützung des Eigenthums sich zur Maxime machen muß, so muß sie dieselbe auch bey der Benützung durch Realkredit befolgen.

Zum §. 6. und 7.

Wie weit bey grundbaren Gütern der Consens der Grundherrn zu Hypotheken erfordert werde, und wie weit diese ihn verweigern können, mußte (§. 6.) den Civilgesetzen überlassen, jedoch im §. 7. die Ausnahme angeführt werden. Der erste ausgenommene Fall bey den gesetzlichen Titeln der Hypothek ist aus den bisherigen allgemeinen Gesetzen (vergl. annot. ad Cod. Civ. bav. P. II. Cap. VI. §. 8. not. 4. lit. b. und P. IV. cap. VII. §. 15 not. 3. lit. d.) entnommen; die zweyte gründet sich theils in der analogen Verordnung vom 16ten Aug. 1812. (Reggbl. Nro. 46.) theils in der Natur der Sache, da es sehr überflüssig wäre, den Consens des Grundherrn, der nur nothwendig ist, damit nichts zu seinem Schaden vorgeht, in einem Falle zu erfordern, wo ihm selbst durch die Hypothek ein Vortheil erworben werden soll.

Zum §. 8.

Die Hinweisung auf die besondern Gesetze über Lehen und Familien-Fideikommisse bedarf keiner Rechtfertigung.

Aber eine Frage kann nicht ganz unberührt gelassen werden, ob man nicht besser thun würde, die Hypotheken auf einen Theil des Gutswerths, z. B. auf zwey Drittel desselben zu beschränken? Allein man hat durchaus keinen Grund gefunden, der den Gesetzgeber bestimmen könnte, den freyen Gebrauch des Eigenthums, wohin auch der Gebrauch zum Kredit gehört, zu beschränken, und sich einer Vormundschaft über das Publikum anzumassen.

Wenn das Hypothekenbuch den Gläubiger mit dem Werth der Sache und mit dem Betrage der darauf lastenden Hypotheken bekannt macht, so muß das Gesetz dem Gläubiger überlassen, ob und welche Sicherheit er in der Sache noch findet. Die Hypothek giebt dem Gläubiger, dem §. 67. zu Folge, nicht weiter ein Vorzugsrecht im Konkurse, als der Verkaufs-Preis der Sache hinreicht; es wird also dadurch den übrigen gemeinen Gläubigern nicht präjudicirt, und man hat keinen Grund, die privatrechtliche Freyheit zu beschränken.

Besonders würde in dem vorgelegten Hypothekensysteme jene Beschränkung inkonsequent und schädlich seyn, da auch alle vormaligen stillschweigenden Hypotheken in das Hypothekenbuch eingetragen werden müssen, und unter diesen, wie der §. 12. zeigt, mehrere sind, welche mehr eine Haftung für eine mögliche Forderung, als eine wirkliche Schuld betreffen; daher die Beschränkung auf einen Theil des Gutswerths einerseits manche dieser Forderungen hinderte, eine Sicherstellung zu erhalten, anderseits ein Gutsbesitzer, der z. B. für eine Vormundschaft hypothekarische Caution leisten mußte, gar kein Mittel hätte, sich im Falle des Bedarfs selbst mit Willen seines Gläubigers Kredit zu verschaffen.

Aus diesen Gründen hat man also eine Beschränkung der Hypotheken auf einen Theil des Gutswerths für unnöthig und schädlich geachtet. Daß die ersten Hypotheken besser sind, als die letzten, ist eine faktisch anerkannte und fühlbare Sache, ohne daß das Gesetz etwas darüber zu bestimmen brauchte.

Zum §. 9. und 10.

Hier wird der in der Einleitung zu den Motiven sub Nro. 1. gerechtfertigte, und aus der Publizität der Hypotheken fließende Unterschied zwischen dem Rechte, die Hypothek zu erwerben, und zwischen der wirklich erworbenen Hypothek festgesetzt.

Wie der Kauf-Vertrag allein das Eigenthum nicht überträgt, wie aus dem Versprechen, ein Faustpfand zu geben, das dingliche Pfandrecht nicht entstehet, sondern hiezu noch die Tradition erfordert wird, eben so bringt der Rechtstitel auf Erwerbung einer Hypothek allein, ohne das bestimmte Faktum, wodurch sie erworben wird, das dingliche Recht der Hypothek und deren gesetzliche Wirkungen nicht hervor.

In Ansehung des Rechtstitels allein giebt es also, wie bisher, sogenannte gesetzliche Hypotheken, so ferne als das Gesetz unmittelbar, auch ohne ausdrückliche Verabredung, das Recht auf Erwerbung einer Hypothek verleihet; nur darin ist der Unterschied, daß die Hypothek selbst nicht mehr allein durch den gesetzlichen Rechtstitel entstehet, sondern daß hiezu die Erwerbung durch Eintragung in die öffentlichen Hypotheken Bücher erfordert wird.

Der zweyte Absatz des §. 10. zeigt, daß, und wie das Hypothekenrecht, getrennt von dem übrigen Pfandrechte, aufgestellt und eingeführt werden kann. Für das Hypothekenrecht genügt die Bestimmung, daß das Grund- und Nutzungspfand (antichresis) ohne Eintragung in die Hypothekenbücher die Wirkungen einer Hypothek nicht habe, sondern nur die Rechte des Faust oder Nutzungspfandes hervorbringe, die in den Civilgesetzen auf verschiedene Weise bestimmt sind. Daß sie sowohl in als ausser dem Konkurse den Hypotheken nachgehen müssen, folgt aus den Bestimmungen des §. 64 — 70., woselbst die Grund- und Nutzungspfänder stillschweigend von der Immobiliar-Masse und dem darauf ruhenden Separationsrechte der Hypothekar-Gläubiger ausgeschlossen sind.

Zum §. 11.

Der Rechtstitel zu einer Hypothek in Ansehung des Gegenstandes ist verschieden, bald erstreckt er sich auf alle Immobilien des Schuldners, wenn dem Gläubiger ohne Beschränkung und allgemein das Recht einer Hypothek auf alle Immobilien des Schuldners vom Gesetze (§. 12. num. 2. 4 10. 11. 14. 15. 16. 18.) oder in einem Vertrage eingeräumt wird: bald ist er durch das Gesetz (§. 12. num. 1. 6. 7. 8. 9. 12. 13. 17.) oder Vertrag auf bestimmte Immobilien beschränkt.

Es ist nothwendig, näher zu bestimmen, wie die Allgemeinheit des Rechtstitels zur Erlangung einer Hypothek mit der Specialität der wirklich erworbenen Hypothek harmonirt. — Dabey wurde sowohl vom französischen, als Preußischen Hypotheken-Rechte abgewichen. Das erste (Cod. civ. Art. 2122. und 2129. unterscheidet zwischen gesetzlichen und konventionellen Hypotheken, jene erstreckt sich auf alle, sowohl gegenwärtige als künftige Immobilien, diese ist beschränkt auf die Immobilien, welche der Schuldner zur Zeit des Vertrages besitzt.

Das zweyte (allg. Landr. Th. 1. Tit. XX. §. 402. u. 403.) giebt dem Gläubiger aus einem Vertrage, worin ihm das ganze Vermögen oder gewiße Immobilien zum Unterpfande verschrieben wurden, noch kein Recht, die Hypothek durch Inscription zu erwerben, sondern dazu fordert es noch eine besondere, und ausdrückliche Einwilligung des Schuldners. Weder für diese, noch für jene Beschränkung fand man einen hinreichenden Grund. Können sich die sogenannten gesetzlichen Hypotheken auf das künftige Immobiliar-Vermögen erstrecken, warum soll der Schuldner nicht auch in einem Vertrage seinem Gläubiger eben dieses Recht einräumen können? und warum soll zur Erwerbung der Hypothek eine zweyfache Einwilligung nothwendig seyn, als ob nicht eben der Vertrag, worin der Schuldner dem Gläubiger das Recht zur Hypothek einräumt, dessen Consens in die Inscription so nothwendig einschlöße, daß der Gläubiger im Falle eines Widerspruchs darauf klagen könnte?

Zum §. 12.

Wenn gleich keine gesetzliche Hypotheken in dem Sinne bestehen können, daß sie ohne Inscription in das Hypotheken-Buch durch das Gesetz unmittelbar erworben werden, so bleiben doch mehrere Forderungen übrig, bey welchen höhere, theils rechtliche, theils politische Gründe anrathen, den Gläubigern unmittelbar durch das Gesetz, folglich ohne daß sie dazu eines besondern Vertrages bedürften, das Recht auf Erwerbung einer Hypothek einzuräumen.

Die im §. 12. aufgezählten Fälle treffen größtentheils mit den bisher schon bestandenen gesezlichen Hypotheken und gesezlichen Vorzugs-Rechten zusammen, das vorgeschlagene Gesez unterscheidet sich aber von der bisherigen Legislation nicht allein durch die bey den gesezlichen Hypotheken gleichfalls nothwendige Inscription in das Hypothekenbuch (§. 21.), sondern auch darin, daß diese Hypotheken vor den übrigen Hypotheken kein besonders Vorzugsrecht haben, daher unter allen Hypotheken blos nach dem Datum ihres Eintrages in das Hypothekenbuch (§. 23. und §. 67. num. 7.) ihre Stelle erhalten. Beyde Bestimmungen sind zur Gründung des Realkredits durch öffentliche Hypothekenbücher unentbehrlich und die Seele des Instituts.

Ueber die hier aufgezählten 18 Fälle ist folgendes zu bemerken:

1.) zu Num. 1. 3. 7. 8. 9. Schon viele Prioritäts-Ordnungen haben erwogen, daß auf der einen Seite die jährlichen Leistungen an Steuern, Abgaben, grundherrlichen Gefällen u. d. nicht immer mit solcher Strenge beygetrieben werden können, um jeden Rückstand zu vermeiden, daß aber auch auf der andern Seite nicht gestattet werden könne, die Rückstände ohne Maaß und Ziel anschwellen und den andern Gläubigern vorgehen zu lassen. Sie haben daher den Rückständen bald auf ein Jahr, bald auf zwey oder drey Jahre den Vorzug eingeräumt. Diese Rücksichten müssen in einem Hypothekarsysteme entscheiden, welches durch die Oeffentlichkeit der Hypotheken-

Bücher jedem Gläubiger von seiner Sicherheit vollen Aufschluß geben muß, in welchem also unbestimmte und unbekannte Forderungen und Summen mit einem Vorzug vor den Hypotheken durchaus nicht zugelassen werden dürfen. Daher wurde im §. 67. num. 2. 3. 4. und 5. diesen Prästationen für den einjährigen Rückstand neben dem laufenden Jahre der unbedingte gesetzliche Vorzug vor den Hypotheken, für die weitern Rückstände aber im §. 12. das Recht auf Erwerbung einer besondern, daher erst von der Inscription an wirksamen Hypothek eingeräumt, die gewiß jenem nicht abgesprochen werden kann, der mit billiger Schonung gegen den Pflichtigen zu Werke gehet, und ihm, statt allzustrenger Einforderung der Rückstände, Nachsicht und Frist-Eintheilung gönnt, wenn er durch die Hypothek gesichert wird. Uebrigens ist zu Nro. 9. des §. 12. zu bemerken, daß unter dem Namen Realrente alle Realabgaben begriffen sind, sie mögen in Geld oder Naturalien, in Gilten, Zehent, Bodenzins u. d. bestehen, wie dieses num. 8. bey den Grundbarkeits-Prästationen ausgedrückt ist.

2.) Zu den Nummern 2. 4. 5. 10. und 11. Diese beruhen auf dem Grunde, aus welchem schon die bisherigen Gesetze die legale Hypothek der Ehefrauen, dann in den Gütern der Curatoren und Verwalter eingeführt haben; sie wurde wegen Gleichheit des Grundes in Num. 5. zum Vortheil der Gutsherren hinsichtlich ihrer Gutsrichter und Verwalter ausgedehnt.

3.) Zu Nro. 6. 12. 13. 14. 15. Diese gesetzliche Hypotheken beruhen auf dem besondern Grunde, daß der Gläubiger bey der Entstehung solcher Forderungen sich die Bestellung einer Hypothek entweder gar nicht, oder wenigstens nach dem gewöhnlichen Gange des Verkehrs, oder nicht ohne Nachtheil seines Gewerbes bedingen konnte. Aus dieser Rücksicht haben schon die bisherigen Gesetze in Baiern den Forderungen für Bauten (Nro. 13.) den Fabrikforderungen (Nro. 14.) und den Bierschulden (Nro. 16.) theils eine gesetzlich bevorzugte Hypothek, theils ein Vorzugsrecht unter den Hypotheken zugestanden.

4.) Zu Nro. 16. In Ansehung des **Wechselrechts** ist die Verschiedenheit der Gesetze im Umfang des Königreiches mit desto größern Nachtheilen verbunden, je weniger die Wechsel sich auf örtliche Verhältnisse beschränken; besonders ist es dem Handel nachtheilig, daß in einigen Kreisen, in einem großen Theile des Oberdonau- und Obermainkreises, dann im Untermainkreise, ungeachtet ihres bedeutenden Handels, noch kein Wechselrecht eingeführt ist, obgleich die Wechsel das Medium sind, in dem sich der Handel im Großen bewegt, während in andern Kreisen das Wechselrecht sich sogar auf Personen erstreckt, die, ohne eigentlich dem Handelsstande anzugehören, ein bürgerliches Gewerbe treiben, das mit offenen Kram und Laden verbunden ist. Daher kommt es dann, daß an Orten, wo die Wechselmäßigkeit so weit ausgedehnt ist, der Kredit des rein bürgerlichen Verkehrs in Wechselformen versteckt wird, und daß an Orten, wo mit dem Handel eigentliche Wechsel bestehen müssen, diese nach den Rechten der gewöhnlichen bürgerlichen Prozesse, höchstens als klare Dokumente in dem Exekutiv-Prozesse behandelt werden; daher kommt es aber auch daß z. B. das k. Wechselgericht München in einem Jahre mehr als 1000 Wechsel-Prozesse zählt, während bey dem k. Wechsel-Gerichte zu Augsburg kaum 100. in einem Jahre vorkommen. Das vorgeschlagene Hypothekensystem, durch welches die Hypotheken vor den Wechseln den verdienten Vorzug erhalten, wird auf die Klasse der Bürger, welche zwar ein öffentliches bürgerliches Gewerbe, aber keinen eigentlichen Handel treiben, darin wohlthätig einwirken, daß sie zur Form des gemeinen Kredits zurückkehren und sich des Wechselkredits enthalten, wozu es ihnen an allen Attributionen, z. B. Handelsbüchern, Korrespondenz und Kasse, dann an Kenntnissen des Wechselrechts gebricht, daß sie dem Wucher entgehen, der sich bey Darlehens-Verträgen in Wechselform leichter verstecken läßt, und daß die Verzichte auf Wechselfähigkeit aufhören, die als Verzichte auf Wechsel-Verbindlichkeit mit Beybehaltung des Standes, aus dem sie folgt, etwas sich selbst widersprechendes in sich fassen; und so wird die Beschränkung der Wechsel auf

den Handel, im Gegensaz der bürgerlichen Gewerbe, allmählig vorbereitet. Dabei erhalten jene Gebietstheile, in denen noch kein Wechselrecht eingeführt ist, die aber, des Handels wegen, der Wechsel nicht entbehren können, den Vortheil, daß die Wechselforderung, wenn ihr auch noch zur Zeit die strenge Wechsel-Exekution nicht zukommt, wenigstens in dem gesezlichen Rechte auf Erwerbung einer Hypothek das Mittel zur Sicherheit findet. Bemerkt muß dabei werden, daß nur Forderungen aus verfallenen Wechseln dieses Recht haben, weil laufende Wechsel vor der Verfallzeit ihre Sicherheit in dem Handels-Kredit suchen müssen, verfallene Wechsel aber dieses Recht verdienen, da es für den Schuldner schonender ist, als die strenge Wechsel-Exekution.

5.) Zu Nro. 17. Die oben Nro. 1. angeführten Gründe entscheiden auch bei den Zinsen der Hypothekforderungen, und sie haben nur bei bedungenen Zinsen nebst dem laufenden Jahre für einjährigen Rückstand den Vorzug der Stelle, welche dem Kapital zukommt. Verzugs-Zinsen, mehrjährige Rückstände und Prozeßkosten würden als unbestimmt die Sicherheit der Hypotheken stören, und wie es nothwendig war, Bestimmungen zu geben, welche das Recht des Gläubigers gegen den Schuldner, ohne Präjudiz für die andern Gläubiger, aufrecht halten (wovon zum §. 41. die Rede seyn soll) so war es nothwendig, dem Hypothekgläubiger das Recht auf Inscription einer eigenen Hypothek wegen der Zins-Rückstände und der Streitkosten einzuräumen.

6.) Zu Nro. 18. In einem richtigen Hypotheken-Systeme ist es allerdings bedeutend, nicht jede Forderung nach Belieben des Gläubigers zu einer Hypothek erheben zu lassen; der Realkredit, für welchen das Hypotheken-Institut gesezlich etablirt ist, darf nicht dem Mißbrauche blosgestellt werden, und diese Folge träte ein, wenn das Gesez jedem Gläubiger, ohne auf die ursprüngliche Eigenschaft seiner Forderung zu sehen, die Inscription gegen den Willen des Schuldners zugestehen wollte. Wahrlich nicht für jeden Krämer- Schuster- oder Schneider-Konto ist das Hypotheken-Wesen da. So genau indessen im

gegenwärtigen Entwurfe diese Rücksicht eingehalten ist, so wenig konnte man mißkennen, daß bey einer Forderung, wenn einmal die Sache bis zum Immissions-Dekrete zum Vollzuge des rechtskräftigen Urtheils kam, der Rechtstitel nicht mehr über die Befugniß zur Hypothek entscheiden kann. Ohnehin schadet dem Schuldner, gegen den auf Immission des Gläubigers erkannt ist, die Hypothek-Inscription nicht mehr, und der Gläubiger, der lange genug warten mußte, bis er es so weit brachte, verdient diesen gesezlichen Schuz um da mehr, als aktenmäßigen Erfahrungen zu Folge, noch nach jenem Dekrete, den Bestimmungen der Gerichtsordnung über die Exekution gemäß, der Gläubiger noch mehrere Jahre herumgezogen werden kann, bis er es zur Exekution oder zur wirklichen Erlangung der Immission bringt, bis zu diesem Zeitpunkte sein Schuldner noch mehr in Abnahme seines Vermögens kommen kann, und dann die Forderung im Konkurse unter den Kurrentisten leer ausgeht.

7.) Man könnte vielleicht am Entwurfe unter den gesezlichen Hypotheken einige Forderungen vermissen, die sonst ein gesezliches Unterpfand hatten, namentlich

1) des Fiskus im Vermögen derjenigen, mit welchen er kontrahirt hat;
2) Rückstände am Kaufschilling von Immobilien;
3) Geldanlehen zum Ankaufe einer unbeweglichen Sache;
4) Geldanlehen zur Erbauung oder Wiederherstellung von Gebäuden.

Diese Fälle wurden mit Vorbedacht und zwar aus dem Grunde übergangen, weil in allen diesen Fällen das Geschäft durch einen förmlichen Kontrakt zu Stand kommt, bey dem es jeder Kontrahent in seiner Gewalt hat, sich die Hypothek im Vertrage zu bedingen, folglich der Grund hinwegfällt, auf welchem die unmittelbar gesezlichen Hypotheken überhaupt beruhen.

Zum §. 13. — 16.

Neben den gesezlichen Rechtstiteln können Hypotheken nur auf den Rechtstitel eines gültig erklärten Privat-Willens ver-

langt werden. Dieser ist eine leztwillige Verfügung oder ein Vertrag; wo eine solche gültige Willens-Erklärung vorliegt, da kann selbst gegen den nachherigen Willen des Schuldners die Inscription der Hypothek verlangt werden.

Nur aus schriftlichen Verträgen kann die Inscription gefordert werden, dieses bestimmt der §. 15. Indessen unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß Siegelmäßige solche Urkunden auch aussergerichtlich fertigen können. Dieses ist dem klaren Belaute des Edikts über die Siegelmäßigkeit §. 6. ganz gemäß, worin genau die Gültigkeit einer Hypotheken-Verschreibung als Rechtstitel von der durch Inscription erworbenen Hypothek als Realrecht unterschieden, und nur zu diesem Realrecht die Eintragung in die Hypothekenbücher erfordert wird.

Soviel indessen auf der einen Seite daran liegt, streng zu seyn in Erforderung eines Rechtstitels, wenn es sich darum handelt, ohne oder gegen Willen des Schuldners eine Hypothek zu verlangen, eben so viel liegt auf der andern Seite daran, dasjenige, was einmal mit Einwilligung des Schuldners als Hypothek wirklich eingetragen ist, gegen jede Anfechtung und Chicane sicher zu stellen. Es wäre wohl dem Kredite der Hypotheken höchst nachtheilig, wenn der Gläubiger, nachdem die Hypothek schon mit Bewilligung des Schuldners im Hypothekenbuch eingetragen steht, noch in Gefahr wäre, mit dem Schuldner den Streit über die Existenz eines vorhergegangenen Rechtstitels aufzunehmen, und ein Gesez, welches dieser Chicane nicht vorbeugte, verfiele mit dem §. 13. und dem allgemeinen Rechts-Prinzip in Widerspruch, daß die nachfolgende Bewilligung im Privat-Rechte gleiche Kraft hat, wie die vorhergegangene; wenn also vermöge des erklärten Privat Willens eine Hypothek durch Inscription erworben werden kann, so muß es gleiche Wirkung haben, der Privat-Wille mag vor oder bei der Inscription erklärt worden seyn.

Dieses ist die in mehr als einer Rücksicht wohlthätige Tendenz des §. 16. des Entwurfes, zu dem nur noch bemerkt wird,

daß unter dem Worte Rechtstitel nicht die Haupt-Verbindlichkeit (als causa obligationis) sondern, jene Haupt-Verbindlichkeit vorausgesezt, wovon der §. 2. handelt, der Rechtstitel zur Hypothek als Sicherheits-Mittel verstanden werde, welches, um Mißverständnissen vorzubeugen, durch Allegation des §. 9. bey dem Worte, Rechtstitel im §. 16. ausser Zweifel gesagt werden kann.

Zum §. 17.

Das Recht des Gläubigers auf Erwerbung einer Hypothek wird in Ansehung der Sache und der Summe theils durch die Natur des Unterpfand-Rechtes im Allgemeinen, als eines accessorischen Rechtes (§. 2.) zur Sicherstellung einer Forderung, theils durch positive Bestimmungen der Geseze oder Verträge beschränkt. Von den gesezlichen Hypotheken (§. 12.) sind sieben, Nro. 6 — 9, 12 — 14, auf die Sache beschränkt, mit welcher die Forderung in Verbindung steht, bey den vertragsmäßigen Hypotheken wird öfters nur auf eine bestimmte benannte Sache eine Hypothek zugestanden, oder auch bei einer allgemeinen Unterpfands-Verschreibung ein oder das andere Gut ausgenommen, auf welches der Gläubiger die Hypothek nicht soll inscribiren lassen.

Im Allgemeinen muß die Gesezgebung dahin streben, dem Gläubiger die volle Sicherheit zu verschaffen, die er nach Lage der Umstände erhalten kann, dabei aber den Schuldner nicht mehr zu belästigen, als jene volle Sicherheit fordert, und es ist ein allgemein gültiger Saz, was das französische Civil-Gesezbuch im Art. 2194. von Reduktion der Hypotheken der Ehefrauen und Minderjährigen ausspricht, man müsse die wahrscheinlichen Rechte des Gläubigers mit dem Interesse, dem Schuldner einen billigen Kredit zu erhalten, in Uebereinstimmung bringen. (concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'interêt du crédit raisonnable à conserver au debiteur.)

Hält die Legislation ihre Aufgabe fest im Auge, Pfand und Hypothek gleich zu stellen, so daß sie, wie schon die Rö-

mer wollten, nur dem Wortlaute nach (tantum nominis sonus) verschieden sind, so ist

1) nicht zu bestreiten, daß der Schuldner, wenn er für eine Foderung die Einschreibung einer Hypothek auf eine höhere Summe oder auf mehrere verschiedene Immobilien vor sich gehen ließ, keine Minderung oder Löschung der Hypothek verlangen kann, wenn nicht der im §. 19. vorgesehene Fall eintritt. Der Schuldner befindet sich bei dieser Hypothek in eben der Lage, wie derjenige, welcher für eine Schuld von 100 fl. Brillanten von 1000 fl. im Werthe zum Pfand gegeben hat, so wenig dieser vor Zahlung der ganzen Schuld einen Theil des Pfandes zurückfordern kann, so wenig kann jener eine Minderung oder Löschung der Hypothek verlangen, die mit seiner Einwilligung inscribirt ist. Hier entscheidet die Bestimmung des §. 16. Das Lästige für den Schuldner was darin zu liegen scheint, gleicht sich im Leben bald aus, und eine andere Bestimmung des Gesezes würde dem Schuldner keinen wesentlichen Vortheil bringen. Fällt ihm die Hypothek lästig, so kann er das Kapital abzahlen, er kann sich um einen Gläubiger bewerben, der es ihm gegen eine minder drückende Hypothek vorleihet; wollte das Gesez den Gläubiger zu einer Minderung der Hypothek zwingen, so wäre für den Schuldner nichts gewonnen, weil der Gläubiger ihm dann das Kapital aufkündet. Es ist also einfacher und besser, über Minderung der einmal mit Einwilligung des Schuldners eingetragenen Hypotheken, den Fall des §. 19. ausgenommen, nichts zu bestimmen, sondern es bei der Regel des §. 16. zu belassen.

2.) Eine ganz andere Frage aber ist es, wie weit der allgemeine Rechtstitel zur einer Hypothek dem Gläubiger die Befugniß giebt, auf mehrere verschiedene Immobilien des Schuldners gegen dessen Willen die Einschreibung der Hypothek zu verlangen? Diese Frage kömmt nur in dem Falle vor, wenn der Schuldner mehrere getrennte Immobilien besizt, deren jedes ein eigenes Blatt im Hypothekenbuche (§. 22. Nro. 1.) hat, und der Gläubiger auf mehr als ein Immobile seine ganze Foderung als Hypothek eintragen las-

sen will: in diesen Falle wird es wichtig, zu wissen, ob er dieses gegen den Willen des Schuldners verlangen kann?

Vor allem entscheidet das Recht des Gläubigers auf hinreichende Sicherheit für seine ganze Forderung. Reicht also ein Immobile entweder seinem Werthe nach, oder wegen anderer darauf schon eingetragenen Hypotheken, zur vollkommenen Sicherheit nicht hin, (wobei eben nicht der ganze Werth angerechnet werden darf, weil nicht immer jedes Gut um den Schäzungswerth an den Mann zu bringen ist,) so stehet ihm frey, auch auf andere Immobilien so lange, bis er hinreichende Sicherheit hat, die Inscription seiner Forderung zu verlangen, und er ist nicht schuldig, seine ungetheilte Forderung rücksichtlich der Hypothek zu theilen, und auf das zweyte oder dritte Immobile nur für einen Theil derselben die Inscription zu nehmen; dafür, daß daraus weder den übrigen Kreditoren noch dem Schuldner ein Schaden zugehet, ist im §. 68. und 150. gesorgt.

Hat der Gläubiger durch die Hypothek auf ein oder das andere Immobile hinreichende Sicherheit, so entscheidet neben den allgemeinen Rechtsgrundsäzen die accessorische Eigenschaft des Unterpfandrechtes im Allgemeinen. Allgemeine Rechts-Grundsäze erlauben nicht, daß man ein und dasselbe doppelt fordert (L. 7 Dig. de Reg. Iur. sagt schön: bona fides non patitur, ut bis idem petatur.) Die Geseze erklären jeden Antrag für verwerflich, der eine Plus petitio enthält, und sie machen keinen Unterschied, ob mehr, als Recht ist, an der Sache, an der Zeit, an Nebenbedingungen, an den Modalitäten verlangt wird. Einem Gläubiger, welcher durch eine Hypothek hinreichende Sicherheit erlangt hat, und für dieselbe noch eine zweite oder dritte Hypothek verlangt, stehet daher die Einrede der Plus petitio entgegen. Allgemeine Rechts-Grundsäze über Interpretation der Geseze und Verträge erlauben nicht, einem Geseze oder einem Vertrage, wodurch dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, für seine Forderung eine Hypothek zu verlangen, eine Auslegung zu geben, wodurch er für eine Forderung mehrere, und

so viele Spezial-Hypotheken verlangte, als getrennte Objekte sein Schuldner besizt, und die Unbestimmtheit bey der allgemeinen Hypothek-Verschreibung berechtiget den Gläubiger nur zu der Wahl, sie auf jedem Objekte zu suchen, bis er hinreichende Sicherheit hat, keineswegs aber dazu, daß er für eine Forderung von 100 fl. zehen Hypotheken, jede zu 100 fl. verlange. Die accessorische Eigenschaft des Unterpfandrechts beschränkt nach dem Verhältniß zwischen Zweck und Mittel das Recht des Gläubigers auf Sicherheit, und alle generellen oder in Ansehung des Objektes unbestimmten Verträge müssen hiernach erklärt werden. So wenig derjenige, welchem der Schuldner durch Vertrag die Sicherstellung durch Faustpfand oder Bürgen versprochen hat, berechtigt ist, nach erhaltener vollständiger Sicherheit durch ein Faustpfand oder einen Bürgen noch zehen andere Faustpfänder oder Bürgen zu verlangen, eben so wenig ist der Gläubiger bei einem allgemeinen Hypothek-Rechte befugt, mehr als seine Sicherheit fordert, an Hypotheken gegen den Willen des Schuldners zu verlangen. Die Anerkennung dieser unumstößlichen Rechts-Wahrheiten liegt auch im §. 19; denn wenn diesem zu Folge die Summen solcher an sich nicht genau bestimmten Forderungen festgesezt werden sollen, damit der Schuldner mit keiner übermäßigen Hypothek belastet werde, wie viel mehr muß es in Ansehung der Objekte gelten, damit er nicht statt einer Hypothek mit zehn Hypotheken belastet werde.

Indessen hat die ganze Frage, so wichtig sie auch besonders von der Seite ist, daß dem Schuldner der nothwendige Kredit erhalten werde, doch nur das eigentliche praktische Interesse bei den wegen künftiger Haftung statt findenden Hypotheken, weil die andern Forderungen von Seite des Schuldners oder Gläubigers aufkündbar sind, jener also, wenn ihm die Hypothek lästig ist, oder dieser, wenn er die Beschränkung nicht will, das Mittel hat, durch Aufkündigung des Kapitals dem Streite auszuweichen. Da nun für diese Forderungen der §. 19. hinreichend vorgesorgt hat, so war es am zweckmäßigsten, dem §. 17.

eine Fassung zu geben, in welcher, ohne durch ein abscheidendes Gesez der Uebereinkunft der Betheiligten vorzugreifen, die am leichtesten, ihre Interessen abwägend, bei jedem Falle die Sache unter Vermittlung des Hypothekenamtes (§. 92. und 114.) ausgleichen, die entscheidenden Rechtsgrundsäze frey wirken, und die Gerichte diese Grundsäze bey den seltenen Fällen, wo sie hierüber zur Entscheidung aufgerufen werden, nach den Umständen anwenden können.

Zum §. 18.

Eines gesezlichen Schutzes bedarf der Gläubiger da, wo er wegen unvorhergesehener Veränderungen für seine Rechte im Voraus nicht sorgen konnte. Sezen diese seine Forderungen in Gefahr, so muß ihm das gesezliche Recht bleiben, das abgängige durch Hypothek auf andere Immobilien des Schuldners zu suchen, ohne daß zwischen gesezlicher und vertragsmäßiger, allgemeiner oder besonderer Hypothek-Berechtigung ein Unterschied gilt; denn, das Recht auf besondere Sicherheit vorausgesezt, muß die Gefahr, als Grund der Nachhülfe auch in allen Fällen gleiche Wirkungen hervorbringen.

Zum §. 19.

Nichts ist verderblicher, und mit dem Zwecke eines wahren Kredit-Institutes weniger vereinbar, als die Hypotheken auf eine unbestimmte Summe. Wer könnte nach einer solchen unbestimmten Hypothek dem Eigenthümer noch irgend einen Kredit mit Sicherheit geben? Jede unbestimmte Hypothek würde den Kredit des industriösen redlichen Bürgers schonungslos zerstören, und dieser Kurzsichtigkeit darf sich kein wohlüberlegtes Gesez schuldig machen.

Ehefrauen, Vormundschaften und Verwaltungen sind die gewöhnlichsten Gegenstände solcher Hypotheken. Das Heurathgut und das eingebrachte Vermögen der Ehefrau, samt den im Ehevertrag bedungenen Vortheilen ist der Gegenstand ihrer Hypothek (§. 12. Num. 11.) Diese Ansprüche sind ohnehin der Summe nach bestimmt, und die Gesezge-

bung hat doppeltes Interesse, darauf zu bestehen, daß sie mit bestimmter Summe in das Hypothekenbuch eingetragen werden, weil sonst den Betrügereien über den Betrag des eingebrachten Vermögens der Ehefrau und die ihr zugedachten Vortheile des Ehekontrakts alle Thore geöffnet sind. Bey Vormundschaften würde eine unbestimmte Summe den Kredit des Vormunds, dessen er für seine häuslichen Verhältnisse oft bedarf, ganz untergraben, und diese Last wäre doppelt bedenklich, da die Uebernahme einer Vormundschaft in vielen Fällen Bürgerpflicht ist, und gewiß keine gerechte Gesezgebung den Bürger verpflichten kann, neben der Last der Vormundschaft auch die Zerstörung seines Kredits zu übernehmen. Die Welt urtheilt im gewöhnlichen Gange nach der äussern Erscheinung ohne nähere Prüfung; man weiß, der Pupill habe ein beträchtliches Vermögen, man unterscheidet nicht dessen Bestandtheile, beurtheilt die unbestimmte Hypothek nach jener Kunde, und Niemand kann dem Vormund, von dem die Größe seiner Haftung unbekannt ist, ferner einen Kredit auf Hypothek geben. Wird die Summe bestimmt, so gehet eine Prüfung der Haftung vor; für das unbewegliche Vermögen des Kuranden hat der Vormund nicht zu haften, weil es ohne gerichtlichen Konsens nicht veräussert werden darf: für die Kapitalien kann er die Haftung vermindern, wenn er, wie es heilsam in Oesterreich vorgeschrieben ist, alle Original-Schuldbriefe bei Gericht hinterlegt, und dieses den Schuldnern bekannt macht, daß sie das Kapital nur bey Gericht heimzahlen können: an den jährlichen Einkünften muß die jährliche Ausgabe abgerechnet werden; so ergiebt eine Prüfung bei Festsezung der Summe, daß der Vormund oft bei einem Vermögen von 50000 fl. vielleicht nicht mehr, als für einige tausend Gulden Hypothekar-Sicherheit zu leisten habe, während bey unbestimmt eingetragener Hypothek die gemeine Welt nur die Summe des Pupillar-Vermögens im Auge hat, und dem guten Vormund den Kredit versagt, der ihm nach Recht und Billigkeit gebührt. Eben dieses tritt bei den Verwaltern ein, wo man nicht blos die Verwalter des Staats-

Vermögens betrachten darf, die als Staatsdiener des Kredits weniger bedürfen, sondern vorzüglich die Verwalter des Stiftungs- und Kommunal-Vermögens betrachten muß, die häufig aus der Klasse der Bürger genommen werden, denen der Kredit für ihre Gewerbe und häuslichen Verhältnisse unentbehrlich ist.

Wirklich brächte auch die Unbestimmtheit dieser Hypotheken die sonderbarsten sich selbst zerstörenden Wirkungen hervor; wie könnte derjenige, der irgend eine mit unbestimmter Summe eingetragene Hypothek auf seinem Immobiliar-Vermögen hat, noch eine andere Hypothek konstituiren? Wie der Gemeinde-Verwalter das Heurathgut seiner Frau, wie das Vermögen des Pupillen bei nachheriger Uebernahme einer Vormundschaft versichern? Wo fände man Bürgen für eine solche unbestimmte Summe, wo Käufer für ein Immobile des Schuldners?

Nur unbegreifliche Kurzsichtigkeit und gänzlicher Mangel an allen Vorkenntnissen zum schweren Fache der Legislation vermag den unbestimmten Hypotheken das Wort zu sprechen!

Sie sind aus dem Gesez-Entwurfe verbannt. Die Summe muß approximativ nach dem Schaden, der dem Gläubiger zugefügt werden kann, mit Erwägung aller Umstände durch Uebereinkunft oder richterliches Urtheil festgesezt werden. Aendern sich die Umstände, so kann die Hypothek gemehrt oder gemindert werden.

Zum §. 20.

Unter den hypothekarischen Haftungen, welche der Summe nach unbestimmt sind, nehmen die Haftungen eine Stelle ein, welche aus der Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit entstehen können.

Wenn man auch nur die Patrimonial-Gerichte 2ter Klasse beobachtet, so haben sie nach §. 75. 79. u. 83. des Edikts über die gutsherrlichen Rechte:

1) die Errichtung der Urkunden über Verträge;

2) die Behandlung und Vertheilung der Verlassenschaften;

3) die Führung und Leitung der Vormundschaften;

4) das Hypothekenamt;

5) nach §. 96. des Ediktes in gewissen Fällen die Administration der Stiftungen;

6) in allen Fällen aber nach §. 97 — 99. des Ediktes in erster Instanz die Kuratel über das von den Gemeinden verwaltete Stiftungs- und Gemeinde-Vermögen.

Jedes dieser Rechte kann Regreß-Klagen veranlassen, einige derselben sind sogar mit Depositen verbunden, und daß der Gutsherr für den aus Amtshandlungen seiner Beamten entstehenden Schaden haften muß, ist im §. 59. des Ediktes ausgesprochen.

Für alle diese Haftungen muß Sicherheit geleistet werden, und zwar eine Hypothekarische, die bey Voraussezung öffentlicher Hypotheken-Bücher nicht anders als durch Eintragung in dieselben denkbar ist, weil es ausser denselben keine stillschweigende Hypotheken geben kann.

Dazu kommt, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit kein persönliches, sondern ein dem Gute selbst anhängendes, also ein Real-Recht ist, folglich die daraus entspringenden Haftungen nach festen Rechts-Prinzipien nicht sowohl die Person des Besizers, als vielmehr das Gut selbst afficiren, und mit demselben principaliter auf jeden dritten Besizer salvo regressu übergehen. Denkt man hinzu, daß die wichtigsten solcher Güter im Familien-Fideikommiß-Verbande stehen, so wird das noch um vieles einleuchtender. Sind jene Haftungen nur persönlich, so haftet dafür das Fideikommiß gar nicht; denn es haftet nicht für persönliche oder Allodial-Schulden des Besizers: wer haftet dann, wenn, wie es öfters der Fall seyn wird, der Besizer kein Allodium hat, oder gar ohne solches gestorben ist? oder soll der beschädigte Unterthan auch noch den Schaden der Nachforschung leiden, wo das Allodial-Vermögen hinkam, und der Ungewißheit, ob, wann und wie er von dessen Erben entschädiget werde?

Mit Anordnungen, daß die Depositen eingesendet werden

sollen, ist nicht geholfen. Sie bestehen bei den königlichen unmittelbaren Gerichten, und doch sind darüber die Ansprüche contra fiscum nicht ungewöhnlich; auch kommt es darauf nicht an, theils weil selbst dafür, daß eine solche Vorschrift befolgt werde, Sicherheit geleistet werden muß, theils weil sich die aus der Gerichtsbarkeit entspringenden Haftungen, wie oben gezeigt wurde, auf Depositen nicht beschränken.

Die Funktionen der richterlichen Gewalt im Staate sind nicht blos Rechte, sondern auch Pflichten. Vom Staate fordert der Unterthan Schuz und Garantie seiner Rechte Ueberläßt der Staat dieses Richteramt einem Andern — ob durch Ermächtigung, (Authorisation) oder als Eigenthum (jure proprietatis vel patrimonii), das ist Wortstreit — so kann es rechtlich nur so geschehen, daß der Unterthan dabei an Schuz und Garantie seiner Rechte nichts verliert.

Der Staat stehet also, indem er die Patrimonial-Gerichtsbarkeit anerkennt, auf der Alternative: entweder muß der Fiskus für die Handlungen der Patrimonial-Gerichtsbarkeit salvo regressu haften, wie für die unmittelbaren Gerichte des Staates — oder der Staat muß das Patrimonialgericht selbst zur Bestellung einer Real-Sicherheit anhalten. Ein drittes ist nicht denkbar.

Nicht Mißtrauen gegen die Gutsherrschaften, die doch für ihre Gerichtshalter nach §. 59. des Ediktes principaliter haften müssen, sondern der enge Zusammenhang unumstößlicher Rechtssäze nach der Natur der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit als einer in das Privat-Verhätniß übergegangenen Staatsfunktion fordert demnach für die daraus entspringenden Haftungen bei Einführung der Hypothekenbücher eine hypothekarische Sicherheit auf den mit jener Gerichtsbarkeit versehenen Gütern, da Seine Maj. der König auf den Fiskus jene Haftungen für die Gutsherren, wie für unmittelbare K. Beamte salvo regressu nicht übernehmen können.

Die Nothwendigkeit dieser Anordnung beruhet also durchaus nicht auf politischen, sondern blos auf streng recht-

lichen Gründen; auch kommt es bey der Sache nicht allein auf das rechtliche Prinzip an, daß dergleichen Regreß-Klagen nicht blos gegen den Gutsbesitzer statt finden, dessen persönliche Handlungen den Schaden verursacht haben, oder der den Gutsrichter bestellte, sondern vielmehr auch darauf, daß sie auch in der Folge als actiones in rem scriptae gegen jeden dritten Besitzer des Gutes angestellt werden können.

Man möchte einwenden, daß der Fiskus keine Sicherheit leiste, also auch die Gutsherrschaften dazu nicht verbunden seyen. Allein vom Fiskus gilt auf diese kein Schluß, der wesentliche Unterschied der beyderseitigen Verhältnissen beruhet in zwei Punkten:

1) Der Fiskus ist das Staats-Vermögen selbst und in demselben liegt schon die hinreichende Sicherheit für alle diese Haftungen, auch ist dasselbe dem Hypotheken-Systeme nicht unterworfen; bei ihm ist also eine besondere Sicherheit durch Hypotheken-Inscription für solche Regreß Ansprüche weder nothwendig noch möglich; anders bei Gutsherren, deren Güter als Privat-Eigenthum dem Hypotheken-Institute unterworfen sind.

2) Der Fiskus, als Staats-Vermögen, als moralische Person, ist unsterblich und zugleich des Staats-Vermögens im Ganzen unveränderlicher Besitzer, bey ihm ist in Bezug auf solche Haftungen, ob sie blos die Person oder ob sie das Gut und mit demselben jeden tertius possessor angehen, kein praktischer Unterschied.

Aber bei dem Privat-Vermögen ist dieses wesentlich verschieden, dieses gehet durch Todesfälle, Veräusserungen, u. d. fortwährend von einer Hand zur andern, bei ihm ist der Unterschied zwischen Ansprüchen, welche nur gegen eine bestimmte verpflichtete Person, und zwischen Ansprüchen, welche gegen jeden auch dritten Besizer der Sache geltend gemacht werden können, wichtig, und vom höchsten praktischen Interesse, darüber gesezliche Bestimmungen zu geben, und diesen gemäß die Anordnungen bei dem Hypothekenrechte zu treffen.

In diesen Rechtsgründen liegt der Beweis von der

Nothwendigkeit der Inscription dieser gesezlichen Hypothek. Weil nun diese gesezliche Hypothek der Größe nach an sich unbestimmt ist, so muß diese approximativ bestimmt werden. Dieses den Gerichten nach einzelnen Gütern zu überlassen, ist hier, wo es einer allgemeinen in die Staats-Verfassung verwebten Institution gilt, nicht thunlich; daher muß diese Bestimmung der Größe im Geseze ausgesprochen werden. In Oesterreich ist bey gleichen Staats-Einrichtungen der achte Theil des Gutswerths dafür ausgesprochen, hier wird der zehnte Theil festgesezt, theils weil diese Summe dafür hinreicht, theils weil die Zahl 10. ein leichterer Theilungs-Maßstab ist.

Da übrigens vermöge §. 28. des Edikts über die gutsherrlichen Rechte diese Gerichtsbarkeit in der Regel auf die eigenen Grundholden des Gutsherrn beschränkt ist, so würde dieses Zehntl auf die gutsherrlichen Rechte und Renten beschränkt und hierdurch auch mit dem Umfang der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit in Verhältniß gesezt.

Dem Verkehr wird die Summe dieser Hypothek nicht entzogen, denn sie ist nur für eine eventuelle Haftung angesezt, und kommt jedem neuen Besizer zu gleichem Zwecke zu guten, auch fällt es in Oesterreich keinem Käufer bey, die pars octiva pretii vom Kaufpreis abzuziehen. Eben so wenig kann sie den achtungswürdigen und ordnungsliebenden Gutsbesizern lästig fallen; sie haben in dem vorgeschlagenen Hypothekensysteme ein gleiches Recht der Hypothek auf die Güter ihrer Beamten und können sich andere Realkautionen stellen lassen, sie können vermöge des Edikts über die gutsherrlichen Rechte, auf ihre Beamten die Aufsicht pflegen und sich vor Schaden bewahren. Die wenigen Gutsbesizer, welchen diese Hypothek lästig fallen könnte, beweisen aber dadurch, daß gegen sie die gesezliche Vorsorge nothwendig war.

Zum §. 21.

Nach behandeltem Rechtstitel (§. 9. — 10.) folgt die Erwerbung des dinglichen Rechts, der eigentlichen

Hypothek, durch Eintragung in das öffentliche Hypothekenbuch, für welches der Beysaz, daß es unter amtlichen Glauben (sub fide publica vel judiciali) geführt werde, von hoher Bedeutung ist. Manches Buch oder Register wird öffentlich geführt, und hat doch die volle Beweiskraft einer amtlichen Urkunde nicht, auch bezieht sich jene Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher, wie aus dem §. 25. und 26. erhellt, nicht auf deren äußere Glaubwürdigkeit, sondern mehr auf die Folgen ihres materialen Inhaltes, so zwar, daß der Ausdruck öffentliche Bücher, ohne Beysaz ihres amtlichen Glaubens, eine juristische Zweydeutigkeit wäre.

Was die Inscription selbst angehet, so ist dieselbe hier nicht so, wie der franz. Civil-Codex Art. 2107. thut, als eine Formalität aufgefaßt, sondern als eine Wesenheit, als dasjenige, wodurch erst die wirkliche Hypothek als wahres dingliches Recht entstehet, so zwar, daß alle Wirkungen derselben von der Inscription anfangen.

Der §. 23. des Entwurfes macht hievon keine Ausnahme, und da in legislativen Dingen auch das Stillschweigen im Effekte oft ein Gesez ist, so können die zwey Ausnahmen nicht unberührt bleiben, welche aus Veranlassung des Code civil noch jezt einige Vertheidiger gefunden haben. Dieser befreyt im Art. 2135. von der Verbindlichkeit der Inscription,

1) die Hypotheken der Ehefrauen auf dem Vermögen ihres Ehemannes,

2) die Hypotheken der Minderjährigen auf dem Vermögen ihres Vormundes,

und fügt im folgenden Art. 2136, hinzu, daß Vormünder und Ehemänner selbst, und zwar bei Strafe des Betrugs, verbunden seyn sollten, diese Hypotheken inscribiren zu lassen. Die Sonderbarkeit dieser Bestimmungen in ihrem Zusammenhang fällt wohl beym ersten Blicke auf!

Die im Eingange gegenwärtiger Motive enthaltene Evolution der Gründe und des Geistes der Hypotheken als eines öffentlichen Rechts-Instituts für den Realkredit führen zu dem

kategorischen Ausspruch, es giebt keine wirkliche Hypothek als durch die Inscription in die öffentlichen Bücher, mit solcher Nothwendigkeit, daß gar keine Ausnahme davon gerechfertigt werden kann, und man wird unwillkührlich zu einem Lächeln hingerissen, wenn man die flachen Tiraden liest, mit welchen jene Ausnahmen im französischen Staats-Rathe vertheidigt wurden, wobei man am Ende sogar dahin kam, zu behaupten, es sey ja ohnehin bekannt (publique, notoire) daß jemand in der Ehe lebe, oder eine Vormundschaft führe, diese Publicität vertrete also die Publicität der Inscription. Gelten solche Gründe, so wäre wohl die Führung einer öffentlichen Verwaltung weit bekannter, als eine Vormundschaft, und wo fände man nach solchen Gründen das Ende der Ausnahmen von der Inscription? Für die Ehefrauen können Aeltern und Verwandte, oft die Frauen selbst, für Minderjährige müssen ohnehin, wenn auch kein Verwandter oder Neben-Vormund Theil nimmt, die Vormundschafts-Behörden Sorge tragen; es liegt also gar kein Grund vor, diese Hypotheken von der Inscription zu befreyen, und durch zwey — besonders hinsichtlich der Ehefrauen so allgemeine — überdieß auch hinsichtlich der Summe unbestimmte Ausnahme das ganze Hypotheken-Institut in seiner Grundlage zu erschüttern und die Hypothekar-Sicherheit prekär zu machen.

Zum . 22.

Die eigenthümlichen Wirkungen der Oeffentlichkeit der Hypotheken-Bücher, wovon zum §. 25. und 26. gehandelt wird, macht die Frage höchst wichtig, was in die Hypothekenbücher eingetragen werden müsse. Dieses Muß, das eine rechtliche Nothwendigkeit bezeichnet, und andeutet, daß die Unterlassung nachtheilige Folgen hervorbringe, beziehet sich nicht auf das Hypothekenamt, sondern auf die Betheiligten, die verbunden sind, dasjenige, dessen Eintrag das Gesez fordert, bey Vermeidung des sonst entstehenden Rechts-Nachtheils eintragen zu lassen. Die Hypothekenbücher

selbst sind hinsichtlich der nothwendigen Einträge durchaus nicht als Grundbücher, sondern nur als Bücher für den Realkredit aufgefaßt, daher alles umgangen, was nicht auf das Hypotheken-Institut wesentlich einwirkt, und den eigentlichen Grund-Saal- und Lagerbüchern angehört. Man würde sich sonst vom Zwecke der Hypothekenbücher entfernt, dieselben ungeheuer vergrößert und die Einführung des Hypotheken-Instituts unendlich erschwert haben.

Nach dieser Ansicht sind die hier benannten sechs Punkte zu beurtheilen.

Zum §. 23.

Von der Eintragung in das Hypothekenbuch hängen so viele rechtliche Wirkungen, nicht nur unter den Kontrahenten, sondern auch gegen dritte Personen ab, daß der Beysatz des Datums, an welchem der Eintrag geschehen, höchst wesentlich ist. Dieses tritt nicht blos bey den Hypotheken, sondern auch bey den Pertinenzien und Reallasten, dann bey den Besitzern und Besitztiteln, den Beschränkungen des Besitzers, bey Protestationen und Löschungen ein. Die Bestimmung über den Beysatz dieses Datums ist demnach mehr als reglementär, und sie mußte hier in den ersten Titel aufgenommen werden. Bey den Muster-Einträgen im Formular ist bey allen Einträgen über Handlungen, welche nach angelegten Hypotheken-Büchern als angemeldet gedacht wurden, das Datum an die Spitze des Eintrags gesetzt, wie es bey Protokollen geschiehet, und dieses gewährt den doppelten Vortheil, erstens daß das Datum gleich in die Augen fällt, zweytens daß es von den Hypotheken-Aemtern weniger vergessen wird, als wenn es erst zum Ende jedes Eintrags gesetzt wird.

Daß die Hypotheken nach Ordnung ihrer Anmeldung eingetragen werden müssen, wofür das in §. 102. angeordnete Einlaufs-Protokoll zur Kontrolle dient, ist sehr einleuchtend; der Gläubiger hat durch die Anmeldung seiner Seits alles gethan, und gegen den später sich anmeldenden wenigstens in so weit ein Recht erworben, daß das Hypothekenamt nicht be-

fugt ist, ihm dieses durch Begünstigung des Andern zu entziehen.

Hiebey mußte die Frage entschieden werden, ob die Priorität unter den Hypotheken, die von der Zeit der Eintragung nothwendig abhängt, nur nach dem Tage der Eintragung, oder im buchstäblichsten Sinne nach der Zeit der Eintragung zu bemessen sey. Im ersten Falle würden alle an einem Tage eingetragene Hypotheken gleichen Rang haben, folglich unter sich pro rata jeder Forderung zum Zuge kommen, im zweyten Falle aber würde sich der Rang nach Stunden und Minuten richten. Jenes bestimmt das französische Recht (Cod. civ. Act. 2134. in den Worten: l'hypotheque — n'a du rang, que du jour de l'inscription) dieses das Preußische Recht.

Auch im Wechselrecht begegnet man hinsichtlich der Präsentation, Acception oder Protestation der Wechsel einer ähnlichen Frage, die in den Wechselordnungen auf verschiedene Weise entschieden ist.

Für die Priorität des Tags spricht, ausser den mit dem Andrängen der Gläubiger zur Gewinnung der Priorität des Moments verbundenen Inkonvenienzen, der juristische Grund, daß die Inscription eine gerichtliche Handlung ist, bey welcher die juristische Zeit (dies juridica) entscheidet, und an welcher jede Stunde und Minute gleich ist. So gut der Gläubiger am ersten Ediktstage noch in der letzten Minute des juristischen Tages Präsenz machen, und alle Rechte bey dem Konkurse erhalten kann, wie der Appellant durch Einreichung des Gravatoriallibels in der letzten Minute des letzten juristischen Tages so gut, als in der ersten das Appellations-Fatale beobachtet, eben so gut könnte bestimmt werden, daß die Hypotheken unter sich den Rang nach dem Tage der Eintragung, ohne Unterschied der frühern Zeit des Tages, erhalten.

Für die Priorität der Zeit spricht der bey Hypotheken schon bisher gültige Satz: prior tempore potior jure; auch der baierische Civil-Codex Th. II. Kap. VI. §. 13. sagt wörtlich: „Das Prioritäts-Recht, Kraft dessen ein äl-

„terer Pfand = Gläubiger dem Jüngern in concursu vorgehet, „kommt nicht nur auf Jahre, Monat, und Tag, sondern auch, „soweit solches nur erwiesen werden kann, auf Stund und „Augenblick an.“

Die Gründe für die Priorität der Zeit wurden als überwiegend betrachtet, und zwar desto mehr, als die amtliche Führung der Hypothekenbücher (§. 21.) den Beweis über die frühere Eintragung vollkommen liefert, welcher bey der bisherigen Heimlichkeit vieler Hypotheken oft in ein undurchdringliches Dunkel gehüllt war. Ohnehin wird dasjenige, was wegen verspäteter Anmeldung im §. 73. bestimmt ist, das Anströmen der Gläubiger, welches kurz vor dem nahen bekannten Ausbruche des Konkurses gewöhnlich vorkommt, sehr zweckmässig verhindern und vereiteln, daher der Fall selten eintreten, daß der Moment des Eintrags besondere Folgen hervorbringt. — Für den Fall, daß an einem Tage die Zahl der angemeldeten Forderungen deren Erledigung an einem Tage nicht wohl zuläßt, ist eine besondere Vorsorge getroffen, damit durch den Eintrag in ein besonders Anmeldungs = Protokoll die Priorität der Anmeldungszeit erhalten werde.

Zum §. 24. — 26.

Die Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher ist ein wesentlicher Theil des ganzen Hypotheken = Gebäudes, wie sie es schon seit drey Jahrhunderten bey dem Münchner Stadt = Grund-Buch war.

An die erste, ohnehin einleuchtende Bestimmung im §. 24., daß jeder, welcher ein Interesse wahrscheinlich machen kann, die Einsicht vom Hypothekenbuche nehmen, oder nach §. 119. davon Auszüge verlangen kann, reihet sich im §. 25. die Haupt = Rechtsfolge der Publicität, ein Grundsatz, der das ganze Hypotheken = Recht durchdringt, daher nach seiner besondern Wichtigkeit eigends hervorgehoben werden mußte.

Das Hypotheken-System würde seine Gränze übersteigen, wenn es zu einer Handlung, die auf das Hypothekenwesen eine Beziehung hat, die Inscription als Bedingung ihrer Gül-

tigkeit fordern wollte. Warum sollte ein Kauf unter den Kontrahenten nicht eher gültig seyn, bis er in das Hypothekenbuch eingetragen ist? warum die Zahlung oder ein Nachlaß-Vertrag oder eine Cession erst durch die Inscription gültig und verbindlich werden? Dieses wäre ein Gesetz inverso ordine naturae gegeben, denn es liegt im natürlichen Gange und in der herkommlichen Handelsweise, daß man erst zahlt, und hernach die Tilgung der Schuld eintragen läßt, jene Zahlung muß also an sich vor und ohne Eintragung ins Hypothekenbuch gültig und unter den Kontrahenten wirksam seyn und bleiben.

Allein der ganze Kredit und das Wesen des Hypotheken-Instituts würde vernichtet, wenn das, was unter den Kontrahenten allein vorgieng und in das Hypothekenbuch nicht eingetragen wurde, mit gleicher Wirksamkeit gegen einen Dritten geltend gemacht werden könnte. Dieses ist eben die wichtigste und wohlthätigste Seite der Publizität der Hypothekenbücher, daß sie einen jeden Interessenten den ganzen Zustand des Hypothekenwesens vor Augen legen, und ihm möglich machen, darnach seine Handlungen und Rechts-Geschäfte einzurichten. Jede Unterlassung schadet dem, der sich deren schuldig machte, der Cessionar also, welcher den Eintrag der Cession unterlassen hat, muß es anerkennen, wenn der Schuldner demjenigen die Zahlung leistet, der das Hypothekenbuch als Gläubiger nennt, und er kann sich des Schadens-Ersatzes wegen nur an den Cedenten halten u. s. w.

In allen Fällen also bleibt ein Rechtsgeschäft unter den handelnden Personen auch ohne Inscription gültig und wirksam, aber gegen einen dritten kann es nur in Voraussetzung und Kraft der Inscription geltend gemacht werden. Beyde Sätze mußten als Basis energisch hervorgehoben werden.

Allein in einem ganz neuen Systeme wäre es bedenklich gewesen, sich auf den Ausspruch dieses zwar bald einleuchtentenden, doch aber tiefer liegenden und scharfes Auffaßen fordernden, Grundsatzes zu beschränken. Es war nothwendig, sei-

ne Anwendung auf die wichtigsten und gewöhnlichsten Fälle durch ausdrückliche Bestimmungen festzuhalten und dadurch wieder selbst auf die Anschaulichkeit des Grundsatzes und seiner Folgen hinzuwirken. Daher wurden im §. 26. sechs Folgen besonders ausgehoben, aber das beygefügte Wort „insonderheit“ beugt der Mißdeutung vor, als ob diese Fälle die einzigen wären. Alle Fälle aufzuzählen, welche unter den aufgestellten Grundsatz subsummirt werden können, war wohl nicht nothwendig.

Zum §. 27. — 29.

Die großen Nachtheile, welche aus Unterlassung der Inscription entstehen, machen gesetzliche Bestimmungen nothwendig über die Mittel, diese Nachtheile für den sehr frequenten Fall abzuwenden, daß Jemand ein Recht hat, woran er durch die Handlung eines Dritten nach den Einträgen, wie sie in dem Hypothekenbuche eben stehen, verkürzt werden könnte, daß er aber dieses Rechtes wegen noch nicht alle Bedingungen der förmlichen Inscription zu erfüllen vermag, ihm also ein provisorisches Mittel, die Gefahr abzuwenden, unentbehrlich ist.

Dieses Mittel ist eine im Hypothekenbuche an der gehörigen Stelle vorzumerkende Protestation.

Durch die neuern Schriften von Merkel und Grävell ist die Materie der Protestation nach dem Preußischen Rechte aufgehellet worden. Allein das Gesetz muß von Schuldistinktionen freygehalten werden, und die Sache selbst in fruchtbarer Kürze pragmatisch bestimmen. Die Tiefe der Legislation liegt in ihrem Geiste, nicht in einem Wortkram oder in einem gelehrten Anstrich.

Nach dem Zwecke giebt es wohl drey Arten von Protestationen

1.) de non amplius intabulando, wenn Jemand an die Sache selbst Anspruch macht, ihm also jede Hypothek nachtheilig wäre;

2.) pro conservando jure, wenn z. B. der Schuldner Einreden gegen die Forderung hat, und diese auch gegen den dritten erhalten will, oder wenn der Cessionar weiteren Cessionen oder Zahlungen an den Cedenten vorbeugen will;

3.) pro conservando loco, wenn z. B. ein Gläubiger, ehe er alle Dokumente zur förmlichen Inscription hat, sich seine Hypothek mit ihrem Range sichern will.

Allein dieses mag seiner Zeit die Doktrin analisiren, den Gesetzgeber geht es nicht an. Das Recht, welches jemand durch die Protestation erhalten will, bezeichnet von selbst die speciellen faktischen Wirkungen derselben und nach diesen die Klassen der Protestationen.

In die Bedingungen der Protestation näher, wie in Preußen geschehen, einzugehen, war weder nothwendig noch nützlich. Von dem Schaden, den ein Gesetz durch ein solches Detail anrichten kann, soll hier ein sprechendes und warnendes Beyspiel aus dem Preußischen Rechte selbst angegeben werden. Dasselbe gestattet Protestationen de non amplius nur wegen eines vom Protestanten behaupteten Realrechts; da nun der Kauf-Vertrag kein Realrecht hervorbringt, so herrscht unter den Gerichten und Gelehrten eine Controvers über die Frage, ob und auf welche Art der Käufer seine Protestation könne eintragen lassen. Das Resultat der bisherigen Debatten gehet dahin, der Käufer könne zwar pro conservando jure gegen einen spätern Käufer, aber nicht de non amplius intabulando gegen Gläubiger die Protestation eintragen lassen, sondern zu dem Ende müsse er erst in via processus arresti bei Gericht das Verbot bewirken, und dieses könne hernach ins Hypothekenbuch eingetragen werden. Mit welchen Gefahren für Rechtssicherheit dieser Umweg gegen die Natur eines Provisoriums verbunden sey, leuchtet von selbst ein. Solche Folgen entstehen aus zu großer und ängstiger Detaillirung!

Da das Hypothekenamt nichts zu entscheiden, sondern nur im Wege freiwilliger Gerichtsbarkeit zu handeln hat, da die Protestation alles in statu quo läßt, der Protestat von ihr Nachricht erhält, und es in seiner Gewalt hat, sich an das

Gericht zu wenden, um bey demselben das Erkenntniß auf Löschung der Protestation zu bewirken, so hat man keinen Grund, über Protestationen ins Detail zu gehen, oder die Protestationen mehr zu erschweren, als Rechtsgrundsätzen über provisorische Verfügungen gemäß ist.

Bei den Wirkungen einer Protestation (§. 28.) war es nothwendig, auf die nemliche Art, wie im §. 26. geschehen, die Anwendung bei einigen Fällen zu zeigen, besonders da sonst auf einer andern Seite Uebertreibungen mit Gefahr der Betheiligten zu besorgen wären. Eine Protestation bewirkt zwar, daß dem Protestanten kein nachheriger Eintrag präjudizirt; aber sie kann eventuelle oder bedingte Einträge nicht hindern, welche nur auf den Fall genommen und wirksam werden, wenn die Protestation gelöscht wird. Warum soll der Gläubiger wegen einer Protestation gegen den Besitz-Titel des Schuldners das Recht verliehren, gegen den Schuldner auf den Fall, daß dessen Besitztitel aufrecht bleibt, eine Hypothek zu erwerben?

Hinsichtlich der Wirkungen (§. 29.) soll jede Protestation bedingt oder eventuell das Recht erhalten, auf sie sind demnach die Grundsätze von Suspensiv-Bedingungen anzuwenden, und der Grundsatz: conditio purificata retrotrahitur ad initium actus rechtfertiget die im §. 29. gegebenen Bestimmungen.

Zum §. 30.

Eine eigene Art von Protestationen bilden die Vormerkungen von Hypotheken, welche die Oesterreichische Hypotheken-Ordnung Pränotationen nennt. Sie richten sich zwar ganz nach den Grundsätzen von Protestationen, es war aber doch nützlich, von ihnen besonders zu handeln, weil sie die frequenteste Art von Protestationen sind, und bei der Anmeldung um den Eintrag einer Hypothek ohne Beiseyn des Schuldners (§. 111.) gewöhnlich vorkommen.

Die zur Vormerkung geeigneten Forderungen werden unter den Hypotheken an der Stelle eingeschrieben, die ihnen als Hypothek gebühren würde, jedoch durch Beisatz des Wortes:

vorgemerkt: von den wirklich und unbedingt bestehenden Hypotheken unterschieden. Sie nehmen also mehr, als andere Protestationen, die oft nur mit Rand-Bemerkungen eingetragen werden, den Schein einer wirklichen Hypothek an. Deswegen war es nothwendig, auszusprechen, daß ihnen die rechtlichen Wirkungen einer Hypothek nicht zukommen, wie denn auch für sie nur ein Rekognitionsschein, keineswegs aber ein Hypothekenbrief ausgefertigt werden darf.

Besonders wichtig ist dieser Satz wegen der exceptio non numeratae pecuniae, indem die im §. 46. enthaltene Bestimmung auf Vormerkungen nicht anwendbar ist, und der Schuldner jedem Cessionar einer bloß vorgemerkten Forderung auch nach Ablauf der 30 Tage jene Einrede noch entgegensetzen kann, falls er sie gegen den Cedenten hätte brauchen können.

Uebrigens kommt auch bei Vormerkungen der Grundsatz von purifizirten Conditionen zur Anwendung.

Zum §. 31.

Ob in Voraussetzung eines auf Publizität der Hypothekenbücher gebauten Hypothekensystemes eine Verjährung gegen die in jenen Büchern stehenden Einträge zugelassen werden könne und welchen Einfluß jene Bücher überhaupt auf die Verjährung haben, ist eine eben so wichtige als schwierige Frage.

Forscht man den Bestimmungen anderer Gesezbücher nach, so ergiebt sich das Resultat:

I.) Das allgemeine preussische Landrecht hat gegen die Zulässigkeit der Verjährung folgende Bestimmungen:

1.) Th. I. Tit. IX. §. 511. Rechte auf unbewegliche Sachen, die im Hypothekenbuche eingetragen sind, können weder durch den blossen Nichtgebrauch erlöschen, noch kann ein denselben entgegenstehendes Recht mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden.

2.) Th. I. Tit. XX. §. 534. So lange eine im Hypothekenbuche eingetragene Forderung nicht wieder gelöscht worden, so lange kann die Verjährung derselben nicht angefangen werden (mit Ausnahme der Zinsen, bei denen nach §. 248. c. l. die gewöhnliche Verjährungszeit bleibt.)

II.) Das Französische Civil-Gesezbuch erklärt sich für die Verjährung und bestimmt im Art 2180 Num. 4. folgendes:

La prescription est acquise au debiteur, quant aux bien, qui sont dans ses mains, par le tems fixé pour la prescription des actions, qui donnent l'hypotheque ou le privilège.

Quant aux biens, qui sont dans la main d'un tiers dètenteur, elle lui est acquise par le tems règlé pour la prescription à son profit: dans le cas, où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour, où il a été transcrit sur les registres du conservateur.

Les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription ètablie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur.

III.) Das Oesterreichische Gesezbuch hat für Besiz, Servituten, Hypothek und Verjährung ein eigenes System. Es gehet mit dem Preußischen Landrechte von dem Grundsatze aus:

§. 321. Wo sogenannte Landtafeln, Stadt oder Grundbücher oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmässige Besiz eines dinglichen Rechts auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentliche Bücher erlangt.

Sein verdienstvoller Kommentator, Hr. v. Zeiller, bemerkt sehr richtig, der Zweck solcher öffentlichen Bücher sey:

„in Rücksicht des Privat-Kredits, damit man unter öffentlicher Autorität gesichert werde, den rechtmäsigen Besiz und das Eigenthum einer unbeweglichen Sache zu erlangen, und damit auch jeder andere aus dem öffentlichen Buche ersehen könne, ob und in wie ferne er sich mit Jemanden in Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte in Hinsicht auf ein unbewegliches Gut mit Sicherheit einlassen kann.“

Man sollte denken, daß nach diesem Grundsaz gegen den Inhalt der öffentlichen Bücher nichts durch die Verjährung erworben, und nichts, was darin eingetragen ist,

durch Verjährung erloschen werde. Denn, wenn sogar Rechtstitel mit Uebergabe verbunden, so lange nicht der Eintrag in die öffentlichen Bücher hinzukömmt, weder das Eigenthum, noch den rechtmässigen Civilbesitz hervorbringt, so scheint es, daß der Verjährung keine andere Wirkung beigelegt werden könne, denn was ist sie anders, als ein gesezlicher Rechtstitel?

Allein diesem Grundsaze bleibt das Gesezbuch nicht getreu; es begünstigt zwar im §. 1467. und 1469. denjenigen, auf dessen Nomen die unbewegliche Sache oder das Realrecht in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, so stark, daß es schon in drei Jahren die adquisitive Verjährung vollenden läßt; aber es vergißt auf einmal seine öffentlichen Bücher, indem es §. 1468. und 1470. gegen denjenigen, auf dessen Namen die Sache in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, Eigenthum und Realrechte durch Verjährung (Ersitzung wie es die Adquisitive nennt) von dreissig Jahren erwerben läßt, und nun in gleicher Ansicht über die erlöschende Verjährung im §. 1479. bestimmt:

„Alle Rechte gegen einen dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt seyn oder nicht, erlöschen durch dreißigjährigen Nichtgebrauch oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen."

Wenn in einem Institute, das unter öffentlichem Glauben für Sicherheit des Eigenthums und der Realrechte und aller hiernach einzurichtenden Rechtsgeschäfte geführt wird, unter drei neuen Gesetzbüchern, die jenes Institut der öffentlichen Bücher in sich aufgenommen haben, so verschiedene und entgegengesetzte Ansichten herrschen, so muß man sich sorgfältig bewahren von dem Glauben an Autorität und vor dem Hinneigen nach einer gefälligen Aussenseite, die bei dem ersten Blicke das dunkle Billigkeits-Gefühl gewissermassen anspricht. Hier muß die Gesetzgebung sich selbst genaue Rechenschaft ablegen, sie darf nichts auf Geradewohl der Nation als Gesetz hinausgeben, sie muß die Tiefen des Gegenstandes ergründen und ihre Bestimmungen nach festen Prinzipien des Rechtes abmessen.

Dieses ist sie der Nation und sich selbst doppelt schuldig, wenn es auf Bestimmungen ankommt, die das wichtige Institut der öffentlichen Bücher und das darauf gebaute allgemeine Vertrauen in seinen Grundpfeilern erschüttern könnten.

Wirklich ist dieses bei der Frage: ob gegen den Inhalt der öffentlichen Bücher eine Verjährung zugelassen werden solle, der Fall, und darum bedarf dieser einer genauern Erörterung.

Oeffentliche Bücher und Verjährung haben als civilrechtliche Institutionen einen und denselben Zweck, sie wollen das Recht gegen Anfechtung sicher stellen, Gewißheit des Eigenthums befördern (ne dominia rerum sint incerta) und einen Ruhepunkt für einen peremtorischen Rechtszustand festsetzen.

Wo keine öffentliche Bücher eingeführt sind, da ist Verjährung der einzige Ruhepunkt für alles Eigenthum und alle sowohl dingliche als persönliche Rechte, sie ist dieser Ruhepunkt auch bei öffentlichen Büchern für alle jene Gegenstände, für welche jene Bücher nicht angeordnet sind, für bewegliche Sachen, für persönliche Rechte und für Forderungen ohne Hypothek. Wo aber öffentliche Bücher eingeführt sind, da sind diese für diejenigen Gegenstände, wofür sie das Gesetz angeordnet hat, der Ruhepunkt, und da ist es möglich, daß öffentliche Bücher und Verjährung, jene zwei Institutionen für Sicherheit des Rechtes, unter sich in einen Widerspruch fallen.

Dieser Widerstreit ist vorhanden, so oft gegen den Inhalt der öffentlichen Bücher eine Verjährung wirken soll, denn hier stützt sich das Recht des Einen auf die öffentlichen Bücher, das Recht des andern auf die Verjährung, beide stehen also in einem offenbaren Widerstreit. Es kommt demnach auf Beantwortung der Frage an:

> Wem, ob den öffentlichen Büchern, oder der Verjährung im Collisionsfalle der Vorzug gebühre, und ob jener Widerstreit nicht auf irgend eine Art vermittelt werden könne, ohne den öffentlichen Büchern oder der Verjährung ausschließend der Vorzug einzuräumen?

Man gelangt bei genauer Prüfung zu der Ueberzeugung, daß
den öffentlichen Büchern der Vorzug gebühre, und gegen ihren Inhalt keine Verjährung zugelassen werden könne;

aus folgenden Gründen:

1.) Das Gesetz will bei Anordnung öffentlicher Bücher, daß in Ansehung der Gegenstände, wofür sie bestimmt sind, aus Ihnen der ganze Rechtszustand der Sache erkannt, von jedem Betheiligten eingesehen, und hierdurch einem jeden möglich gemacht werde, nach diesem Inhalte und nur nach demselben seine Rechtsgeschäfte mit vollkommener und unbedingter Sicherheit einzurichten. Das Gesetz will und muß es, diesem Zwecke gemäß, wollen, daß nichts von allem dem, was unter den Privaten im Stillen, im Verborgenen, im Geheimen vorgeht und den öffentlichen Büchern fremd ist, gegen den Eintrag in die öffentlichen Bücher einen Effekt habe, und in keinem Falle der darauf ruhenden öffentlichen Rechtssicherheit zu nahe trete. Wie könnte mit diesem Zweck und Geist der Anordnung öffentlicher Hypothekenbücher eine Verjährung bestehen, welche die Kraft der Bücher vernichten, folglich ihnen den öffentlichen Glauben entziehen würde?

2.) Im Collisionsfalle muß allemal dasjenige, was auf öffentlichen Glauben beruhet und unter demselben allgemein vom Staate angeordnet wird, demjenigen vorgehen, was blos auf Privathandlungen beruhet; dieser Grundsatz entscheidet für die öffentlichen Bücher, wenn ihre Einträge und deren fortdauernde Glaubwürdigkeit und Wirksamkeit mit der Verjährung colidiren.

3.) Nichtgebrauch eines Rechtes oder Stillschweigen des Berechtigten samt der Zeit des Nichtgebrauches oder Stillschweigens sind unsichtbare und des Eintrags in ein öffentliches Buch ganz unfähige Dinge; wie könnten sie also auf jene Gegenstände, deren Rechtszustand ganz und allein aus den öffentlichen Büchern erkannt werden soll, einen Einfluß haben?

4.) Selbst an den Vorbedingungen einer Verjährung mangelt es, wenn sie gegen den Inhalt der öffentlichen Bücher wirken soll, und ihre Annahme ist ein Verstoß gegen die Grundsätze aller Verjährung; denn a.) man wird nicht läugnen, daß der Eintrag einer Hypothek in das öffentliche Buch eine Handlung sey, wodurch selbst eine angefangene Verjährung unterbrochen wird; sie ist eine gerichtliche Interpellation und durch sie hört der Gläubiger auf, ein Stillschweigen zu beobachten; ist aber dieses, so dauert diese Interpellation so lange fort, als der Eintrag in den öffentlichen Büchern stehet, denn er ist wohl nichts anders, als eine fortdauernde, und zwar, da er im öffentlichen Buche stehet, eine öffentliche Interpellation; und es mangelt demjenigen, der gegen den Eintrag des öffentlichen Buches verjähren will, an der bona fides, da eben dieser Eintrag ihn tagtäglich an das Recht des Andern erinnert, und ihn davon in Kenntniß, also auch in malam fidem versetzt.

5.) Wie wollte man diese Verjährung in ein auf öffentliche Bücher gebautes Hypothekensystem einfügen? Nur zwei Beyspiele zur Beurtheilung. — a.) Bei einem Gutskomplexe befindet sich ein Bräuhaus, welches eine seiner wichtigsten Einnahmen bildet; hinter dem Rücken der Gläubiger, ohne deren Konsens vermöge §. 38. kein Pertinenzstück vom Gute getrennt werden kann, verkauft es der Schuldner, ohne daß es zum Eintrag in das Hypothekenbuch kommt. Die Hypothekgläubiger, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, haben sich wohl nicht zu erkundigen, wer die Sache besitzt, ihnen bleibt also der Verkauf des Bräuhauses fremd und unbekannt; darüber vergehen dreissig Jahre. Nun verschlimmern sich die Umstände des Gutsbesitzers, der Verkaufspreis des Gutes ohne Bräuhaus reicht nicht hin zur Befriedigung der Kreditoren: wo ist die Sicherheit der Hypotheken, wenn dem Hypothekar-Gläubiger in Ansehung des veräusserten Pertinenzstückes gegen den Eintrag im Hypothekenbuche die Verjährung entgegenstehet? b.) ein Dritter bringt durch Cession eine ins Hypothekenbuch eingetragene Hypothekforderung an sich; da sie noch ohne allen

Widerspruch sich dort eintragen befindet, so hat er wohl keinen Grund, Nachfrage darüber zu halten, ob der bisherige Gläubiger sich die Interessen bezahlen ließ oder Stillschweigen beobachtete. Die ersten zwei oder drei Jahre verstreichen, ohne daß der neue Cessionar Zinsen erhält; er stellt also nun an den intabulirten Besitzer die Forderung, und erfährt von ihm, was er freilich aus dem Hypothekenbuche nicht erfahren konnte, daß eben jetzt die dreißig Jahre beobachteten Schweigens abgelaufen seyen. Kann das Gesetz in einem auf öffentliche Bücher gebauten Hypothekensysteme gegen die intabulirten Hypotheken eine Verjährung eintreten lassen, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu verfallen und den durch öffentliche Bücher begründeten Realkredit wieder selbst zu zerstören? Mehr darüber zu sagen, dürfte als überflüssig angesehen werden; indem schon die angeführten Gründe beweisen, daß gegen den Inhalt der öffentlichen Hypothekenbücher keine Verjährung zugelassen werden könne.

Das Gesagte beweiset auch, daß hier kein Mittel denkbar sey, wodurch die Collision der Verjährung mit öffentlichen Büchern ausgeglichen werden könnte. Die längere Zeit von dreisig Jahren, womit das österreichische Gesetzbuch die Sache vermitteln wollte, hebt den Widerspruch nicht, denn dieser betrifft die Zulässigkeit der Verjährung an sich, nicht die längere oder kürzere Verjährungszeit; und so wenig das österreichische Gesetzbuch bei den im Familien- oder Personen-Rechte gegründeten Verbindlichkeiten eine Verjährung von dreisig Jahren zuließ, so gut es für diese Rechte im §. 1481. alle Verjährung ausschloß, eben so gut hätte es auch, dem Geiste und Zwecke der Anordnung öffentlicher Bücher gemäß, alle Verjährung gegen den Inhalt dieser Bücher ausschließen sollen.

Die Zulässigkeit der Verjährung gegen öffentliche Bücher im Allgemeinen wurde hier deswegen geprüft, weil die allgemeinen Gründe auch auf die Hypothekenbücher anwendbar sind; aber es ist durchaus weder nothwendig, noch räthlich, darüber in der Hypothekenordnung mehr zu bestim-

men, als ihr Zweck, Sicherheit der Hypotheken, fordert.

Ob öffentliche Grundbücher eingeführt werden sollen, ist eine ganz andere, dem künftigen Civilgesetzbuche vorbehaltene Frage, bei deren künftiger Prüfung erwogen werden muß, für welche Realrechte sie eingeführt werden sollen, und welchen Einfluß solche Grundbücher auf Erwerbung des Eigenthums und der Realrechte, dann auf deren Verjährung haben. Diese Frage gehört aber nicht der Hypothekenordnung an, die nichts enthalten soll, als das, was auf den Hypotheken und deren Sicherheit Einfluß hat. Daher wurde im §. 31. die aufgeworfene Frage nicht weiter beantwortet, als die Sicherheit der Hypotheken unumgänglich fordert.

Diesemnach kann das Eigenthum der Sache durch Verjährung auch gegen den Eintrag im Hypothekenbuch erworben werden, weil dieses kein eigentliches Grundbuch, sondern bloß ein öffentliches Buch für den Realkredit seyn soll; aber derjenige, welcher das Eigenthum der Sache durch Verjährung erworben hat, muß die darauf eingetragene Hypotheken gegen sich gleich jenem anerkennen, welcher die Sache durch Kauf oder richterliches Urtheil an sich brachte, ohne daß davon etwas in das Hypothekenbuch eingetragen war, wie schon im §. 26. näher bestimmt ist.

Zwei damit verbundene Bestimmungen §. 42. und §. 82. werden an ihrem Orte motivirt.

Zum §. 32. — 39.

Ausführlich mußten die aus den Hypotheken entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten behandelt werden. Ihre Absonderung und Darstellung nach den verschiedenen Beziehungen hat in das Ganze die erforderliche Klarheit und Ordnung gebracht. So stehet vieles, was andere Gesetze zu der Einleitung, insbesondere zum Objekt der Hypothek stellen, an seinem besseren Platze und die Uebersicht des ganzen Gesetzes wird erleichtert.

Zuerst kommen die Wirkungen in Ansehung der verpfändeten Sache in Betrachtung.

Der bekannte Rechtssatz des Civilrechts, daß die Hypothek als ein ungetheiltes Recht die ganze Sache und alle Theile derselben für die ganze Forderung und alle Theile derselben affizirt, mußte im §. 32. an die Spitze gestellt, jedoch hinsichtlich der veräußerten beweglichen Pertinenzien im §. 33. modifizirt werden.

Bei den unbeweglichen Pertinenzien lassen sich die daran möglichen Veränderungen in drei Klassen bringen, wie nämlich:

1.) ein Pertinenzstück der Sache hinzugefügt — oder
2.) eines gegen das andere vertauscht, oder
3.) ein Pertinenzstück von der Sache getrennt wird.

Diese Analyse gehört aber der Doktrin an, deren Gewand der Gesetzgeber meiden soll, ob sie ihm gleich als Probierstein der Richtigkeit, Vollständigkeit und Anwendbarkeit seiner Bestimmungen und als Leitfaden für die Redaktion stets vor Augen liegen muß.

Die Hauptsätze für die drei Klassen der Veränderungen sind schon im §. 32. enthalten, es bedurfte also nur noch einer ausdrücklichen Erwähnung jener Bestimmungen, wodurch sie entweder modifizirt oder auf eine eigenthümliche Art angewendet werden, oder, wo es besonders wichtig ist, ihre Anwendung gegen mögliche Controversen sicher zu stellen. In diesem Geiste sind die folgenden Paragraphen redizirt.

Hinsichtlich der, einer Sache beigefügten, Pertinenzien wurde die schon im §. 32. enthaltene Regel implicite bei dem §. 34. dadurch anerkannt, daß von derselben eine Ausnahme gemacht wurde, deren Nothwendigkeit durch das Recht der auf dieses vormals selbstständige Immobile inscribirten Hypotheken sich von selbst rechtfertiget. Bei dem Austausche der Pertinenzen, welchen der §. 35. behandelt, können die Hypothekgläubiger der beiderseitigen Hauptgüter nicht verkürzt werden; die Bestimmung also, daß die Surrogate an die Stelle der vertauschten Stücke ipso jure treten, ist nicht nur rechtlich,

sondern auch für die Anwendung im Leben nothwendig, damit nicht über jeden Austausch, der vorzüglich bei Guts Arrondirungen Begünstigung verdient, weitläufige und kostspielige Vernehmungen der Hypothekgläubiger veranlaßt werden.

Wegen Ablösung der grundherrlichen Abgaben und Leistungen oder anderer Realrechte war eine ausdrückliche Bestimmung §. 36. mit besonderer Vorsorge, daß die Ablösenden nicht durch eine fortdauernde Haftung für die Hypotheken (§. 38.) beschädigt werden, nothwendig; eben dieses mußte hinsichtlich der Gutszertrümmerungen (§. 37.) dann wegen Trennung einzelner Theile oder Pertinenzstücke geschehen.

Noch mußte im §. 39. auf die Bestimmungen der Brandversicherungsordnung über die Rechte und Verbindlichkeiten in Beziehung auf ein der Assekuranz einverleibtes Gebäude ausdrücklich hingewiesen werden.

Zum §. 40. und 41.

Sehr wichtig ist in einem Hypothekensysteme die Frage, auf welche Theile der Forderung sich die Hypothek erstrecke. Das gemeine und baierische Recht erstrecken das Unterpfand nicht nur auf die Hauptschuld (was sich von selbst versteht) sondern auch auf die Zinsen, ohne Unterschied, ob sie bedungen oder bloße Verzugszinsen sind, und auf die durch Ausklagung der Schuld verursachten Prozeßkosten; selbst in der baierischen Prioritäts-Ordnung (Cod. Ind. Cap. XX. §. 13. Num. 2.) haben alle rückständige Zinsen den Vorrang gleich der Hauptschuld, wenn sie der Gläubiger alle Jahre bei der Obrigkeit eingeklagt hat; — eine Bestimmung, ganz dazu geeignet, die Zinsen anschwellen zu lassen, weil, wo das bloße Einklagen die Priorität salvirt, der Gläubiger seine Klage ohne Schaden unbetrieben lassen kann.

Dieses stimmt mit dem Geiste des öffentlichen Hypotheken-Instituts durchaus nicht überein, der, wie zum §. 19. gezeigt wurde, keine Hypothek für unbestimmte Summen mit Gefahr für dritte verträgt, und gewiß wäre es eine unbestimmte Summe, wenn rückständige Zinsen, oder gar die Prozeßko-

sten, als Accessorien der Hauptforderung angesehen, und darauf die Hypotheken entweder gegen den dritten Besitzer der Sache, oder mit der Priorität der Hauptschuld gegen andere Hypothekar-Gläubiger erstreckt würden. Dadurch befände sich jeder nachfolgende dritte Besitzer oder Hypothekar-Gläubiger in steter Gefahr, sein Kapital zu verliehren, wenn bei einem vorgehenden Gläubiger angeschwollene Zinsen und Prozeßkosten eine grosse Summe verschlingen.

Man muß den richtigen Blick bewundern, den unsere Vorfahrer schon vor einigen Jahrhunderten in diesem Punkte dadurch beurkundet haben, daß sie bei der Ewiggeld-Ordnung in München nur dem einjährigen Giltrückstand ein Vorzugsrecht eingeräumt, für die andern Rückstände aber sich nicht mit dem Einklagen begnügt, sondern vielmehr ausdrücklich festgesetzt haben, daß der Gläubiger die Ewiggelds-Vergantung fortsetzen und durchführen müsse, unter dem Rechts-Nachtheil, daß ansonsten das verfallene Ewiggeld, der angestellten aber nicht prosequirten Klage ungeachtet, eine gemeine Schuld werde. Diese Strenge ist gerecht, sie hält den Gläubiger, wie den Schuldner in Ordnung und leistet dem nachfolgenden Gläubiger, der seine Sicherheit nur nach den bestimmten Summen der vorgehenden Kapitalien bemessen kann, gegen sorgenlose Gläubiger die Gewährschaft, deren er auch gegen diese bedarf.

Es sind also zwei Rechtssätze, die in Harmonie gebracht werden müssen. Die Hypothek in Beziehung auf den Schuldner behält alle Wirkungen, welche ihr als accessorisches Recht wegen der Forderung zukommen, gegen den Schuldner also erstreckt sie sich nicht nur auf die Hauptschuld, sondern auch auf die Zinsen ohne Unterschied und auf die Kosten der Ausklagung. Gegen den dritten Besitzer der Sache aber, so wie gegen andere Hypothek-Gläubiger, besonders im Konkurse, bringt der Grundsatz der Publicität, auf welchen schon im §. 2. hingewiesen ist, nothwendige Beschränkungen hervor.

Diese Gründe rechtfertigen den Inhalt des §. 40. u. 41. und die dem Hypothekgläubiger im §. 12. zugestandene Befugniß, wegen der Zinsrückstände und Prozeßkosten eine besondere Inscription zu erlangen, beurkundet die Sorgfalt, für alle Fälle dem Hypothekgläubiger das Mittel darzubiethen, wodurch er, ohne Druck des Schuldners, für seine Sicherheit sorgen kann.

Zum §. 42.

Die Gründe, welche nach §. 31. das Kapital, so lange es im Hypothekenbuche stehet, gegen alle Verjährung schützen, passen auf die verfallenen Zinsen nicht, diese bleiben also der Verjährung nach Vorschrift der Civilgesetze unterworfen; wurde für dieselben eine besondere Hypothek dem §. 12. Num. 17. gemäß inscribirt, so versteht es sich von selbst, daß sie dadurch aufhörten, Zinsen zu seyn, und die Natur einer Hypothek annahmen, deshalb auch der Verjährung nicht mehr unterworfen sind.

Zum §. 43. und 44.

Zwei Hauptgesichtspunkte mußten hier in Harmonie gebracht werden. Einerseits darf man den Schuldner im Gebrauche und in freier Disposition über sein Eigenthum nicht weiter beschränken, als es die Sicherheit der Hypotheken fordert, anderseits muß man den Gläubiger gegen alle Verminderung jener Sicherheit schützen; der Schuldner muß also das Recht behalten, die Sache weiter zu verpfänden, denn dieses präjudicirt dem vorhergehenden Gläubiger nicht, (§. 43.) er muß sie auch veräussern können (§. 44.), weil der Gläubiger sein Hypothekrecht gegen jeden dritten Besitzer behält; aber er kann sie nicht mit einer den Werth vermindernden Reallast belegen, und gegen Vernachlässigungen und Verschlimmerungen der Sache muß der Gläubiger theils durch richterliche Hülfe, theils durch frühere Anforderung der Bezahlung geschützt seyn, da man von ihm nicht verlangen kann, daß er bis zur Verfallzeit die Gefahr der Folgen trage, die aus der Verschlimmerung entstehen können.

Zum §. 45. — 47.

Bei den Wirkungen der Eintragung einer Hypothek muß auch darauf Rücksicht genommen werden, wie fern dadurch an den Einreden des Schuldners gegen den Rechtsbestand und die Richtigkeit der Forderung eine Veränderung vorgehe.

Läge es nicht zu bestimmt im Laufe der Dinge, daß der Schuldner oft vor der Schuld die Sicherheit bestellt, so müßte das Civilrecht in der Bestellung einer Hypothek für eine als vorhergehend oder existirend angegebene Forderung eine neue Anerkennung derselben finden, welche in andern Fällen die Folge hat, daß nachher keine Exception gegen das als verbindlich anerkannte Rechtsgeschäft gebraucht werden kann. Allein theils die accessorische Eigenschaft der Hypothek, welche ein Debitum zur Gültigkeit der Hypothek selbst voraussetzt, theils die vorerwähnte menschliche Handlungs-Weise brachten schon im römischen Rechte den Satz hervor, daß die Bestellung eines Unterpfands dem Schuldner nichts an seinen Einreden gegen die Hauptschuld selbst entziehe. Das Hypothekensystem biethet auch bei öffentlichen Büchern keinen Grund dar, an dem Civilrecht etwas zu verändern, so lange es sich nur von den Wirkungen der Einreden gegen den Gläubiger handelt; daher ist dieses im §. 45. ausgesprochen, und die Folgen der Publicität hinsichtlich des dritten Besitzers sind schon in 25 und 26 so genau bestimmt daß ihre Wiederholung überflüßig wäre.

Besondere Aufmerksamkeit verdient die im §. 46. gegebene Bestimmung, welche ihrer Vorzüglichkeit wegen aus der preussischen Hypothekenordnung entnommen wurde.

Es ist nämlich bey Geldanlehen, besonders bei bedeutenden Kapitalien gewöhnlich, daß zuerst der Hypothekbrief ausgefertiget wird, ehe der Gläubiger das Geld vorleihet.

Der Schuldner darf auch diesem kein Mistrauen zeigen, und findet nicht nothwendig, seiner Einreden wegen sogleich die Protestation eintragen zu lassen. Nun hätte der angebliche Gläubiger das Mittel, den künftigen Schuldner um sein

Geld zu bringen, denn er dürfte nur sogleich die Forderung an einen dritten cediren, welchem der Schuldner nach §. 26. die Einrede des nicht empfangenen Geldes, weil sie nicht durch Protestation salvirt ist, nicht entgegen setzen könnte.

Die Einrede des nicht empfangenen Geldes für deren oft zweijährige Dauer (nach gemeinen und baierischen Rechte) dem Schuldner auch gegen den Cessionar vorzubehalten, dieses wäre für den Kredit des Hypotheken-Instituts und für den oft mit Hypothekbriefen nothwendigen Verkehr bedenklich; man muß also auf einen Mittelweg bedacht seyn, um den Schuldner gegen jene Machinationen einigermassen sicher zu stellen, und den Umsatz der Hypothekbriefe nicht zu erschweren. Diesem Zwecke entspricht die Bestimmung des §. 46. vollkommen, zu welcher nur noch zu bemerken ist, daß sie nicht das Verhältniß des Schuldners zum Gläubiger, sondern bloß das Verhältniß zu dem dritten Inhaber der Forderung betrifft. Was übrigens die Zulässigkeit und Wirkungen der Einrede selbst angehet, ob sie zwei Jahre oder zwei Monate dauert, oder ob sie nach manchen Gesetzen gar nicht statt findet, wenn nicht der Schuldner den Beweis liefert, daß er das Geld nicht erhalten habe, das bleibt dem Civilgesetze überlassen.

In Ansehung der vorgemerkten Hypotheken war es (§. 47.) wegen der Exceptionen wichtig, zu bestimmen, daß dagegen der Schuldner eine Protestation zwar eintragen lassen könne, wie man jeder Protestation eine Reprotestation entgegensetzen darf; daß er aber durch deren Unterlassung keine Einrede verliehre, weder in Ansehung des Gläubigers, noch eines dritten. Eine Vormerkung bezeichnet allemal einen noch ungewißen, unvollkommenen und Einreden ausgesetzten Anspruch, kein dritter kann ihn anders, als in dieser Eigenschaft an sich bringen, die allein schon den Vorbehalt aller Einreden auch gegen den dritten in sich schließt.

Zum §. 48. und 50.

Der Hypothekargläubiger hat ein zweifaches Recht a.) das persönliche aus der Schuld gegen den Schuldner, b.) das

dingliche aus der Hypotheke, er kann eine von beiden Klagen allein, unbeschadet der andern, er kann beide zugleich (vorausgesetzt, daß der Besitzer der Sache als Schuldner zu betrachten ist) anstellen (§. 48.) auch behält der Gläubiger (§. 49.) in allen Fällen das Recht, sich an den Schuldner und dessen Bürgen, oder an denjenigen, der ihn entschädigen muß, mit einer persönlichen Klage zu halten, wenn er bei angestellter dinglichen Klage, z. B. gegen den dritten Besitzer, aus der Sache nicht befriediget wird. Der Zweck der dinglichen Klage (§. 50.) ist durch sich und die bekannte Rechtstheorie gerechtfertiget.

Zum §. 51.

Bei den Cessionen wäre es nicht möglich, ein gleichförmiges Hypotheken-System für die sieben Kreise des Königreiches einzuführen, ohne dem noch in einigen Provinzen des Reichs bestehenden Verbote der Cessionen der Judenforderungen an Christen zu begegnen. Daß dieses Verbot aus dem Canonischen Rechte und aus der Meinung entstand, wie Zinsen von Gelde zu nehmen Wucher, also den Christen unerlaubt sey, eben so dürften Christen sich des Judenwuchers nicht durch Cession theilhaftig machen, ist eine aus der Rechtsgeschichte bekannte Wahrheit.

Daß es heutzutag nicht mehr in die Welt und ihren Verkehr passe, ist wohl nicht zu läugnen. Seitdem Juden den Adel erhalten und sogar adeliche Güter mit gutsherrlichen Rechten besitzen können, sind die alten Polizeiordnungen des vormaligen deutschen Reichs auf sie nicht mehr anwendbar. Am allerwenigsten paßen sie auf das Hypothekensystem, besonders seitdem die Juden verordnungmäßig andere Namen angenommen haben, kein Mensch also, nicht einmal mehr aus dem Namen, nach den Einträgen des Hypotheken-Buchs wissen kann, ob der Gläubiger ein Jude oder ein Christ war. Die Herstellung eines gleichförmigen und für unsere Zeiten passenden Hypothekenrechtes machte also die Aufhebung jenes, ohnehin sonderbaren, Verbots unumgänglich nothwendig.

Zum §. 52. und 56.

In Ansehung des dritten Besitzers gilt der Grundsatz: Er muß für die darauf eingetragenen und vorgemerkten Schulden haften, und kann sich mit der exceptio ordinis seu excussionis, eine Ausnahme (§. 55.) abgerechnet, nicht schützen. Dieser Grundsatz ist eine Folge der Publicität der Hypothekenbücher, vermöge deren (§. 25.) Niemand sich mit der Unwissenheit der auf einer Sache lastenden Hypotheken entschuldigen kann, folglich der Grund hinwegfällt, wegen dessen die Gesetze dem dritten redlichen Besitzer in der exceptio excussionis einige Schonung angedeihen ließen. Mit der Sache gehen die darauf eingetragenen Reallasten, unter welche nun auch die intabulirten oder pränotirten Forderungen gehören, auf jeden Besitzer über.

Doch muß hier noch immer nach dem zweifachen Rechte des Glaubigers a.) dem persönlichen an seinen Schuldner, b.) dem dinglichen auf die Sache, hinsichtlich des dritten Besitzers, ein schon dem alten Hypothekenrechte gemäßer Unterschied gemacht werden, welcher der Verordnung vom 22ten Februar 1814. über das quasi Separations-Recht (Jahrbücher Band II. S. 127.) zum Grunde liegt, und auch in neuen Hypothekensysteme einen, wiewohl verschiedenen praktischen Werth hat. Der dritte endliche Besitzer haftet nämlich unter allen Umständen für die eingetragenen Hypotheken, er mag sie übernommen haben, oder nicht. Hat er sie nicht als Schuldner übernommen, z. B. der Vindikant, welcher die auf der Sache früher, als er eine Protestation vormerken ließ, inscribirten Hypotheken zahlen muß, oder der Käufer, welcher den Kaufpreis ohne Abrechnung der Schulden bezahlte, so haftet er für die Hypotheken nur als Besitzer der Sache folglich nicht weiter, als deren Werth hinreicht; denn in diesem Falle sind sie bloß eine Reallast, von der er sich ganz befreien kann, wenn er den Gläubigern die Sache selbst abtritt. Hat er sie aber als Schuldner übernommen, so haftet er dafür nicht bloß soweit der Werth der Sache hinreicht, sondern auch als Schuldner aus seinem übrigen Vermögen, ohne Unterschied, ob die

Gläubiger in die Uebernahme consentirt haben oder nicht, weil dieser Umstand nicht auf die Verbindlichkeit des Uebernehmers, sondern nur auf die Liberation des vorigen Schuldners Einfluß hat, was sich, als allgemeine civilrechtliche vom Hypotheken-Systeme unabhängige Bestimmung, zum §. 49. und 56. des Entwurfs von selbst versteht, weil in beiden Paragraphen nothwendig vorausgesetzt wird, daß derselbe noch Schuldner, und nicht durch Delegation von dieser Eigenschaft ganz liberirt worden seye. Der angeführte Unterschied ist nun im §. 54. mit seinen Wirkungen ausgesprochen, auch dem Besitzer der Rückanspruch contra quemcunque im §. 56. vorbehalten worden.

Zum §. 57. und 60. des Entwurfs.

Bei den Wirkungen der Hypotheken hinsichtlich der Gläubiger unter sich forderte zuerst der Vorzug der Gläubiger seine Behandlung.

Ueber ihn entscheidet, dem §. 23. gemäß, nichts als die Zeit der Inscription. Alle Controversen über die Hypothecas debito futuro aut conditionato accedentes, alle drückende Beweisführung über die Verwendung des Geldes als Bedingung der Priorität, alle Streite über Priorität fallen künftig in Ansehung der Hypothekar-Gläubiger hinweg, und für sie steht das Prioritätsurtheil schon im Hypothekenbuche.

Dieser Grundsatz (§. 57.) fordert jedoch eine nähere Determination für den Fall, wenn der Schuldner mehrere Immobilien mit verschiedenen darauf eingetragenen Hypotheken besitzt, weil alsdann eben dem Grundsatze zufolge in Ansehung jedes besondern Stückes eine besondere Priorität eintreten kann.

Daß Forderungen, welche zu gleicher Zeit eingetragen sind, auch gleiche Rechte haben, bedarf (§. 58.) keines Beweises. Uebrigens zeigt dieser Vorgang sowohl in als außer dem Concurse (§. 59.) seine Wirkungen. Daß der Gläubiger seine Priorität, unbeschadet des Vorzugs der übrigen Gläubiger, einem Gläubiger abtreten, d. h. diesem nachstehen könne, (§. 60.) bedarf keiner Rechtfertigung.

Zum §. 61. und 63.

Die in den bezeichneten §§. enthaltenen Bestimmungen stehen mit dem Prioritätsrechte und mit dem Verhältniß der Gläubiger unter sich in Verbindung. Die gewöhnlichste Veranlassung der Unsterblichkeit der Prozesse zum Nachtheil der älteren Hypothek-Gläubiger und der Ewigkeit der Concurse selbst nach dem Prioritäts-Urtheile, also Eines der größten Uebel unserer Rechtspflege in materieller Hinsicht, liegt darin, daß die nachstehenden Hypothekgläubiger, oft sogar die Kurrentisten, die bei niederen Angeboten auf die Immobilien leer ausgehen würden, in Hoffnung besserer Zeiten und besserer Käufer aus allen Kräften den Verkäufen widersprechen, und sie, so lange möglich, zu hintertreiben suchen, worin sie denn von geldgierigen Advokaten und Masse-Curatoren trefflich unterstützt werden: dagegen aber die älteren Hypothekgläubiger aus allen Kräften den Verkauf um jeden Preis betreiben. Die Gesetzgebung muß als Vermittlerin dieser collidirenden Interessen durch passende Bestimmungen

1.) das Recht des ältern Hypotheken-Gläubigers aufrecht halten, aber den anderen Hypothek-Gläubigern in dem bekannten jure offerendi (§. 61.) das Mittel darbieten, wodurch sie einen ungestümmen Hypothekgläubiger ausser Einfluß setzen können;

2.) Wollen sie dieses nicht, so bleibt nichts übrig, als die Sache um das Meistgebot zu verkaufen, wenn auch daraus andere Hypothekgläubiger nicht befriedigt werden können (§. 62.) doch bleibt es

3.) billig, daß die Gläubiger, welche wegen des geringen Preises verlieren würden, die Sache um das Meistgebot gegen Bezahlung aller vorzüglichen Gläubiger an Zahlungsstatt anzunehmen (§. 63.) das schon dem Judiziar-Codex bekannte jus delendi, dem hier die bessere Gestalt des juris reluendi gegeben wurde.

Zu §. 64.

Der Vorschlag, mit der neuen Hypotheken-Ordnung eine neue allgemeine Prioritäts-Ordnung der Gläubiger im Concurse

zu verbinden, würde aus überwiegenden Gründen umgangen. Man verkannte zwar nicht, daß es vortheilhaft sey, wenn die Verschiedenheit der Prioritäts-Ordnungen aufhörte, welche noch jetzt mit den fünfzig Civilrechten im Umfang des Königreichs gelten: Man verkannte nicht, daß der Real-Kredit durch die Hypotheken-Ordnung gegründet sey, daß aber auch der Personal-Kredit gleiche Aufmerksamkeit verdiene, der seine Stütze in einer wohl abgemessenen Prioritäts-Ordnung zur Sicherheit der Forderung und in einer zweckmäßig strengen Executions-Ordnung zur Sicherheit der richtigen Zahlung findet. Allein man überzeugte sich, daß es besser sey, bei dem Hypotheken-Institute, über die Priorität im Concurse nicht mehr zu bestimmen, als der Zweck des neuen Hypothekensystemes unumgänglich fordert, daher die allgemeine Prioritäts-Ordnung dem künftigen allgemeinen Civilgesetzbuche vorzubehalten.

Die Prioritäts-Ordnung steht mit allen Gegenständen des Civilrechts, mit allen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens, mit allen Formen des Handels und Verkehrs in Verbindung, sie greift in alle Zweige des Civilrechts, selbst in das Handels- und Wechselrecht ein. Sie müßte, so lange die Verschiedenheit der Gesetze im Umfang des Königreichs herrscht, in den wichtigsten Punkten, z. B. dem Beweise der Illaten der Ehefrau und den Gründen, welche den Vorzug des Heirathgutes aufheben, entweder an den Bestimmungen der Civilgesetze vorsichtig und leise vorbeistreifen, um nicht mit denselben in einen Widerspruch zu fallen, oder sich in das weite Feld des Civilrechts verliehren, um alle auf Priorität einwirkende civilrechtliche Bestimmungen gleichförmig zu machen.

Ganz anders verhält es sich mit der Hypotheken-Ordnung. Sie hat den Realkredit zum Gegenstand, sie ist für denselben ein selbstständiges Institut, bei welchem alle Veranlassungen und Rechtsgeschäfte unter einen Gesichtspunkt und unter eine Form, als Realrecht auf eine unbewegliche Sache, zur Sicherstellung einer Forderung, erworben durch die Eintragung in öffentliche Bücher,

gebracht werden. Dieses Institut muß fest seyn, wie der Boden auf dem es ruhet, und in sich abgeschlossen, wie der Grundsatz der Specialität, von dem jedes Hypothekensystem ausgehen muß, wenn es nicht dem bloßen Namen und Scheine nach, sondern in der That und Wirklichkeit ein Hypothekensystem seyn soll.

Dieses Hypothekensystem, das dringende und unabweisliche Bedürfniß der Zeit, kann getrennt von dem Civilgesetzbuche behandelt, und als feste Grundlage des Civilgesetzbuchs vor denselben eingeführt werden, ohne daß es nothwendig ist, in eine allgemeine Prioritäts-Ordnung einzugehen, welche tiefer in die Materien des Civilrechts eingreift, und diese nicht so, wie das Hypotheken-Institut, unter einem Gesichtspunkt auffassen und vereinigen kann.

So haben auch alle Gesetzgebungen, welche das Hypothekenwesen mit Consequenz behandelt haben, dieses Institut betrachtet. Das Ewiggeld-Institut der Hauptstadt, das auf die Prinzipien der Specialität und Publicität gegründet ist, blieb als ein für sich bestehendes und von der Prioritäts-Ordnung unabhängiges Institut aufrecht durch das Separationsrecht; die Lehen-Consense in Franken, die gleichfalls auf den Prinzipien der Specialität und Publicität ruhen — wer das Gegentheil behauptet, der hat wohl weder das bambergische Landrecht gelesen, noch jemals einen solchen Consensbrief gesehen, und versteht das Prinzip der Specialität nicht — sind kraft des Separationsrechts unabhängig vom Einfluß der Prioritäts-Ordnung für die andern Forderungen; die preußischen Real-Kreditsysteme, Pfandbriefe und Hypotheken, gestützt auf die Principien der Specialität und Publicität, bestanden durch die Absonderung der verpfändeten Immobilien, und zehn Jahre später, als die Hypotheken-Ordnung v. J. 1783. erschien mit der preussischen allgemeinen Gerichts-Ordnung die Bestimmung über die Priorität der Gläubiger; auf gleiche Weise war es in Oesterreich, dessen Hypothekenordnung, ruhend auf den Prinzipien der Specialität und Publicität, vom Jahre 1758. an, unabhängig von der erst um viele Jahre spä-

ter promulgirten Concurs-Ordnung, im ganzen Umfang des österreichischen Kaiserstaats eingeführt wurde.

Aus diesen Gründen, welchen eine vielseitige Erfahrung und das Beispiel anderer Gesetzgebungen zur Bestärkung dient, hat man das Hypothekensystem von der gemeinen Prioritäts-Ordnung ganz unabhängig erhalten, und sich lediglich auf diejenigen Vorschriften beschränkt, welche mit demselben in untrennbarer Verbindung stehen, und zur Gründung des Realkredits wesentlich gehören.

Dieses Ziel wird vollkommen erreicht, wenn bei einem Concurse die mit Hypotheken belasteten Immobilien von der übrigen (gemeinen) Masse gesondert, aus jenen Immobilien vordersamst die Hypothekforderungen befriediget, und die Ueberschüsse an die gemeine Masse gegeben worden, aus welchen dann die übrigen nicht-hypothekarischen Gläubiger nach den bestehenden Prioritäts-Ordnungen befriediget worden. Durch jene Sonderung wird den eingetragenen Hypotheken der Vorzug vor den übrigen Gläubigern erhalten, soweit der Kaufschilling der verpfändeten Sache, worauf das Recht des Hypothek-Gläubigers der Specialität zufolge beschränkt ist, zu ihrer Befriedigung hinreicht, ohne den andern Gläubigern an dem Vorzugsrechte zu nahe zu treten, welches ihnen hinsichtlich des übrigen Vermögens (der gemeinen Masse) zustehet. Für dieses Separations-recht finden sich selbst in dem baierischen Judiciar-Codex Kap. XX. §. 16. — 18. unter den dort aufgeführten drei Arten des Separations-Rechts analoge Fälle, in München wurden und werden bei allen Concursen die auf jedem Hause oder Grundstück haftenden Ewiggelder, eben so in Franken die auf jeder Sache haftenden Consensschulden jure separationis behandelt durch dieses einfache Mittel ist der Realkredit der Ewiggelder und der Lehenconsense auf eine Art, welche dem Real-Rechte entspricht, vollkommen sicher gestellt, und in Ansehung der übrigen Gläubiger bleiben, soviel die gemeine Masse nach Abzug jener Realrechte belangt, alle in den bestehenden Prioritäts-Ordnungen gegründeten Vorzugsrechte unverletzt. Dieses ist in dem Entwurfe der Einführungs-Verord-

nung §. 9. noch mehr hervorgehoben, und durch die Bestimmung, daß jene Vorrechte die Eigenschaft von Hypotheken verlieren, und die Eigenschaft eines gesezlichen Vorzugsrechts annehmen, wird auch die eigentliche Natur dieser Rechte, nach den im Eingang gegenwärtiger Motive entwickelten Ansichten, gesetzlich hergestellt.

Die Einheit des Concursprozesses wird durch die Separation nicht gestört, weil der zweite Absatz des §. 64. ausdrücklich vorschreibt (worauf sich auch der §. 121. gründet) daß die Verhandlungen darüber bei dem allgemeinen Concursgerichte zu pflegen, dort auch die Hypothekar-Gläubiger in den Ediktstagen zu liquidiren verbunden, und hierdurch die übrigen Gläubiger in den Stand gesetzt sind, bei denselben Ediktstagen ihre Rechte gegen die Hypotheken zu verwahren. So wenig nach vorstehenden Bemerkungen aus der Separation der Immobilien eine Verwirrung des Concurses zu fürchten ist, eben so wenig werden dadurch die Arbeiten des Concursgerichts vermehrt, denn die Prioritätsordnung hinsichtlich der Hypotheken steht schon vorhinein im Hypothekenbuche selbst, folglich hören — was kein unbedeutender Nebengewinn der Hypothekenbücher ist — alle jene Beschwerden auf, mit welchen für viele Forderungen bisher die Festsetzung der Priorität verbunden war, und jene vielen Appellationen, welche daraus entstanden sind; die Hypothekenbücher werden also, weit entfernt, die Behandlung und Endigung der Concurse zu erschweren, diese vielmehr erleichtern.

Wem sollte es unbekannt seyn, daß bisher viele hypothekarische oder sonst privilegirte Gläubiger mit ihrer Bezahlung bis zum Ende des ganzen Concurses warten mußten, und von den gemeinen Gläubigern durch den Vorwand, das Meistgeboth für die Güter sey noch zu gering, Jahre lang hingehalten wurden? Alle diese Vorwände und Umtriebe fallen hinweg; als Separatisten halten sie sich an das Objekt ihrer Befriedigung, ihre Liquidität ist gewöhnlich aus dem Hypothekenbuche selbst hergestellt, ihre Priorität steht schon im Hypothekenbuche, und die Anweisung auf die Güter, aus welchen jede Hypothekarforderung zu bezahlen ist, gehet stets

auf den Grund des Hypothekenbuchs ohne Weitläufigkeit der Verhandlung und ohne alle Beschwerde vor sich.

Zum §. 65. u. 66.

Die Immobiliarmasse begreift in sich nicht nur die mit Hypotheken belastete Sache samt ihren Zugehörungen, sondern auch die Früchte derselben, welche von Zeit des eröffneten Concurses anfällig werden. Die früher angefallenen Früchte gehören also zu der gemeinen Masse, und die Abtheilung der sogenannten Civilfrüchte, wohin, im Gegensatz der natürlichen, Pachtgelder, jährliche Renten u. d. zu rechnen sind, zwischen der Immobiliar- und der gemeinen Masse richtet sich nach den Bestimmungen des Civilgesetzbuchs.

Es war nothwendig, diese Früchte als einen Theil der Immobiliar-Masse (§. 65.) besonders zu bezeichnen, weil sie während des Concurses eine eigene Bestimmung erhalten.

Daß von denselben während des Concurses, nach Vorschrift des §. 66. die auf der Sache haftenden Staatsabgaben und Reallasten, dann die Kosten der Verwaltung und Benützung zu entrichten sind, leuchtet von selbst ein. Tiefer liegt die Bestimmung des Num. 3. vermöge deren während des Concurses die bedungenen laufenden Zinsen von Hypothek-Forderungen aus den Früchten zu bezahlen sind. Nach einigen im Königreiche geltenden Prioritäts-Ordnungen sistirt der Concurs den Zinsenlauf auch in Ansehung der Hypotheken, eine Bestimmung, welche im Verbande mit dem bisherigen Hypothekensysteme steht, das so viele stillschweigende, geheime, allgemeine und besondere Hypotheken zuließ, in dem es also den Gesetzen bedenklich schien, durch die während des Concurses verfallenden Zinsen die Masse auf Gefahr anderer bevorzugter Gläubiger erschöpfen zu lassen. Diese Rücksicht verschwindet in einem auf Specialität und Publicität gebauten Hypothekensysteme, und wie, dieser Prinzipien wegen, die jährlichen Gülten von Ewiggeld-Kapitalien und die Zinsen von Consensschulden während des Concurses entrichtet werden müßten, eben so ist die Entrichtung der Zinsen während des Concurses bei Hypotheken

eine rechtliche Folge des neuen Systemes, welche, wie die Erfahrung bewiesen hat, den Kredit der Hypotheken bedeutend erhöhet. Was von den Früchten nach Entrichtung der Lasten, wohin auch Kompetenz des Schuldners, Bewittum u. d. zu rechnen sind, dann der Zinsen übrig bleibt, das fällt der Immobiliar-Masse zu, über deren Vertheilung der folgende §. 67. das Nähere bestimmt.

Zum §. 67.

Dieser §. enthält die Prioritäts-Ordnung für die Hypotheken und die neben denselben zu berücksichtenden Forderungen. Da der Hypotheken wegen die Immobilien von der gemeinen Masse gesondert werden, und sich über jene eine Art von Partikular-Concurs bildet, so muß das Gesetz auf alle Forderungen Rücksicht nehmen, welche das vorzügliche Recht auf Befriedigung aus dieser separirten Masse haben; sonst begehet es eine doppelte Ungerechtigkeit, eine an eben diesen Forderungen, die es von jenem Theile des Vermögens, woraus sie ihre Befriedigung verlangen können, mit Gefahr eines Verlustes ausschließt, die andere an der gemeinen Masse, welcher es einen Theil des Vermögens entziehet, und dennoch die darauf unmittelbar sich beziehenden Schulden überbürdet.

Aus diesem Grunde war es nothwendig, die im §. 67. Num. 1. bis 6. benannten Posten hier auszuzeichnen, welchen nicht nur wegen ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit der Immobiliar-Masse gleich den Hypotheken ein Separationsrecht, sondern selbst ein Vorzug vor den Hypotheken zukommt; doch ist aus den schon zum §. 12. bemerkten Gründen dieser Vorzug auf einen Jahres-Rückstand neben dem laufenden Jahre beschränkt, und hierdurch augenscheinlich, daß diese mit grösserem Vorzug begabte Forderungen der Sicherheit der Hypotheken keinen wesentlichen Abbruch thun können.

Nach diesen sechs Posten kommen die Hypotheken in der Ordnung, wie ihre Priorität sich aus dem Hypothekenbuche darstellt. Dem zum §. 40. angegebenen Gesichtspunkte gemäß haben nur bedungene Zinsen und selbst diese nur für einjährigen Rückstand

den Vorzug an der Stelle des Kapitals; sogar war es zur Sicheit der Hypotheken nothwendig, die während des Concurses verfallenden Zinsen, wenn sie aus den Früchten nicht bezahlt werden konnten, den Hypotheken-Kapitalien nachzusetzen.

Zum §. 68.

Da wegen einer und derselben Forderung mehrere Hypotheken auf verschiedene Immobilien des Schuldners, dem §. 11. gemäß, eingetragen werden können, so fordert der besondere Fall,

daß eine oder die andere auf den Immobilien des Schuldners nach jener mehrfach versicherten Forderung eingetragene Hypothek aus dem Verkaufspreise eines Grundstücks nicht befriediget werden könnte, wenn jene Forderung aus dem einen oder dem andern Gute ganz befriediget würde,

eine genaue Bestimmung.

Zur Versinnlichung der Frage dient folgendes Beispiel:

Die Forderung von 9000 fl. ist auf das Gut A. und auf das Gut B. ganz eingetragen, und nun zeigt sich folgender Stand der nach derselben eingetragenen Hypotheken:

1.

Gut A.

Geschätzt um 25000 fl. verkauft um 20000 fl.

darauf haften

1.)	Gläubiger I. v. J. 1800	9000 fl.
2.)	Gläubiger II. v. J. 1801	4000 fl.
3.)	Gläubiger III. v. J. 1803	6000 fl.
4.)	Gläubiger IV. v. J. 1805	3000 fl.
5.)	Gläubiger V. v. J. 1808	3000 fl.

2.

Gut B.

Geschätzt um 15000 fl. verkauft um 10000 fl.

darauf haften

1.)	Gläubiger I. wie oben v. J. 1800 .	9000 fl.
2.)	Gläubiger II. v. J. 1801	3000 fl.

3.) Gläubiger III. v. J. 1802 . . . . . 5000 fl.
4.) Gläubiger IV. v. J. 1806 . . . . . 2000 fl.

Hier ist nun die Frage, wie erfolgt die Vertheilung der Forderung von 9000 fl. auf beide Güter?

Sagt man gar nichts, oder läßt man dem Gläubiger die Wahl, von welchem Gute er seine Befriedigung verlangen will, so entstehet sogleich die Folge, daß die nachstehenden Gläubiger dem Titel I. §. 61. gemäß die Forderung dieses Gläubigers an sich bringen, dessen Wahlrecht geltend machen, und dann von dem andern Gute die ganze Bezahlung fordern, damit sie auf dem Gute, worauf sie intabulirt sind, ganz bezahlt werden. So würde dann der allerlezte 5te Gläubiger aus dem Gute A. die volle Bezahlung der 9000 fl. aus dem Gute B. verlangen, und den ganzen Verlust von 9000 fl. auf die Gläubiger des Gutes B. wälzen! Die Ungerechtigkeit und das Bedenkliche dieser Folge leuchtet von selbst ein, und der Beweis, daß diese Frage im Geseze nicht unbestimmt belassen und noch weniger es dem Gläubiger anheimgestellt werden könne, aus welchem Gute er in diesem Falle seine Befriedigung verlangen wolle, liegt vor Augen.

Der Grundsaz, quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id obligaris — oder quilibet tenetur jure suo civiliter uti, ita, ut alteri, quantum fieri potest, non noceatur, führt zu dem Saze, daß dem Gläubiger I. es gleichgültig seyn muß, woher er seine Befriedigung erhält, ob aus dem Gute A. oder B.; daß er also die Anweisung seiner Zahlung (versteht sich ohne allen seinen Schaden) sich so gefallen lassen muß, damit die auf dem Gute A. und B. nach ihm eingetragenen Hypotheken aufrecht erhalten oder wenigstens nach ihrem Rechte befriediget werden können. Wie nun dieses Ziel zu erreichen, wie für diesen Zweck die gesezliche Bestimmung als Mittel abzumessen sey, darauf allein kommt es an.

Die preußische Gerichtsordnung Tit. 50. §. 521. enthält hierüber folgende Bestimmung:

„Wenn ein Kreditor mit einem Capitale auf mehrere „Grundstücke zugleich eingetragen ist; so kann die Frage ent-

„stehen: nach welchen Verhältnißen er auf die Kaufgelder ei„nes jeden derselben angewiesen werden solle? Alsdann müssen „von den Kaufgeldern eines jeden Guts die einem solchen „Gläubiger vorstehenden Posten abgerechnet, die sodann von „jedem übrig bleibenden Quanta addirt, die Summe davon mit „der Summe seiner Forderung in Proportion gesetzt, und sol„chergestalt dasjenige was er von jedem der beiderley Kauf„gelder zu erhalten hat, nach der Societäts-Regel bestimmt „werden. Wenn also z. E. die Forderung eines solchen Gläu„bigers 5000 Rthlr. beträgt und von den Kaufgeldern des „ersten Guts, worauf diese Forderung eingetragen ist, nach „Abzug der vorstehenden Posten 20000 Rthlr, von dem zwey„ten aber nur 5000 Rthlr. folglich zusammen 25000 Rthlr. „übrig bleiben; so wird dieser Kreditor aus den Kaufgeldern „des ersten Guts mit 4000 Rthlr., und aus denen des zweyten „nur mit 1000 Rthlr. befriedigt."

Sie läßt also nach Societätsregeln den Kaufpreis der hypothecirten Sache, (soviel davon für den auf mehrere Güter intabulirten Gläubiger übrig bleibt) pro Rata auf jedes Gut ausschlagen, und ihn mit dieser Rate auf das Eine und das Andere Gut lociren.

Geschähe diese Repartition unter allen Umständen und auch in dem Falle, wenn der auf mehrere Güter intabulirte Gläubiger dabey einen Verlust litte, so wäre die Bestimmung consequent, denn sie spräche im Grunde den Saz aus: der auf mehrere Güter wegen einer Forderung intabulirte Gläubiger habe auf jedem dieser Güter nur eine nach dem Verhältniß seiner Forderung zum Verkaufspreise beschränkte Hypothek. Allein dieses will die preussische Gerichtsordnung nicht; sie verfügt jene Repartition nur in dem Falle, wenn die nachstehenden Gläubiger in Verlustsgefahr stünden.

Diese Verlurstgefahr der nachstehenden Gläubiger ist also der Grund, der den Gesezgeber in seiner Bestimmung leiten muß.

Diese Gefahr läßt sich aber nur nach einem arithmetischen Verhältniß, das heißt, nach dem Be-

trage (quantum) der nachstehenden Forderungen, keineswegs aber nach einem geometrischen der vorstehenden Forderung zum Verkaufspreise bemessen; denn es ist ein bekanntes Axiom, daß überall, wo es auf bestimmte Summen (Quantitäten) ankömmt, z. B. bei Kompetenzen, Alimenten, Bewittum u. d. geometrische Proportionen (Quotitäten) zum Beyspiel 1/3, 1/4, 1/2 u. s. w. nicht passen; zur Abwendung dieser Gefahr muß das Gesetz nach dem Bedürfniß der nachstehenden Gläubiger und zwar nach ihrem Betrage (quantum) die eine mehrfach inscribirte Forderung repartiren. Die preussische Gerichts-Ordnung hat demnach, indem sie eine geometrische Proportion aufstellt, einen unpassenden Maaßstab angenommen, sie rechnet nach Quoten, wo es auf Quanten ankommt, und daß derselbe mit dem Grunde des Gesezes in einem offenbaren Widerspruche stehet und seinen Zweck verfehlt, wird nachstehendes Beyspiel beweisen.

Gut A.

Geschäzt um 25/m. fl. verkauft um 20/m. fl.

1.) Creditor I.	9000 fl.
2.) Creditor II.	4000 fl.
3.) Creditor III.	5000 fl.
4.) Creditor IV.	4000 fl.
5.) Creditor V.	3000 fl.

Gut B.

Geschäzt um 15 m. fl. verkauft um 10 m. fl.

1.) Creditor I	9000 fl.
2.) Creditor II.	4000 fl.
3.) Creditor III.	1000 fl.

Hier müßten nun nach dem preußischen Geseze auf das Gut A. 6000 fl. auf das Gut B. aber 3000 fl. von der einen auf beide Güter inscribirten ersten Forderung ad 9000 fl. gesezt werden. Daraus entstünde dann die Folge, daß

1) vom Gute A. an der lezten Forderung 2000 fl. verloren giengen, dagegen aber

2) vom Gute B. 2000 fl. übrig blieben, welchen der gemeinen Masse zufallen müßten.

Verläßt man aber den geometrischen Maasstab der preußischen Gerichtsordnung, und repartirt man arithmetisch die Forderung pr. 9000 fl. so, wie es die Erhaltung aller auf beyden Gütern intabulirten Hypotheken gebiethet, so ergiebt sich das Resultat, daß, wenn man von der Forderung pr. 9000 fl. 4000 fl. auf das Gut A. und 5000 fl. auf das Gut B. sezt, alle Hypotheken von beyden Gütern ohne Verlust erhalten werden.

Dieses Beyspiel allein genügt zum Beweise, daß die geometrische Repartition nach der preußischen Gerichtsordnung weder dem Grunde des Gesezes noch der Gerechtigkeit angemessen, und der im Entwurfe aufgestellte Grundsaz vollkommen consequent und gerecht sey.

Nun muß noch der zweyte Fall normirt werden, wenn die Repartition den Verlust einer oder der andern nachstehenden Hypothek nicht ganz abwenden kann, ein Fall, der aus dem im Eingange der Motive zu diesem §. angeführten Beyspiel zu ersehen ist. Daß auch in diesem Falle der geometrische Maasstab der preußischen Gerichtsordnung Ungerechtigkeiten herbeygeführt, zeigt eben jenes Beyspiel. Nach ihm müßten auf das Gut A. 6 m. fl. auf das Gut B. 3 m. fl. repartirt werden, daher würde die auf dem Gute B. schon im Jahre 1802 unter Nummer 3. inscribirte Hypothek 1000 fl. verlieren, und nicht nur die auf dem Gute A. erst im Jahre 1803 unter Nummer 3. sondern sogar noch die im Jahre 1805 darauf inscribirte vierte Hypothek ganz bezahlt werden. Wie ungerecht ein Maaßstab sey, welcher die ältere Hypothek zu Verlust bringt, und die jüngere Hypothek bezahlt, bedarf kaum eines Beweises.

Begründet die Priorität der Eintragung auch den Vorzug der Hypotheken, so ist es der rechtlichen Konsequenz gemäß, daß von einer auf mehrere Güter hypothekarisch versicherten Forderung soviel auf jedes hypothecirte Gut geschlagen

wird, als nothwendig ist, daß unter sämtlichen da und dort eingetragenen Hypotheken stets die ältere vor der jüngern bezahlt wird.

Die Rechtlichkeit dieses Grundsatzes und die Einfachheit seiner Anwendung läßt sich am besten aus dem vorher angeführten Beispiele erkennen.

Die Masse beträgt in jenem Beyspiele vom Gute A. 20000 fl. Vom Gute B. 10000 fl. also 30000 fl. im Ganzen. Davon können, und zwar nach ihrer Priorität folgende Posten bezahlt werden:

1) 9000 fl. von beyden Gütern A. und B.
2) 4000 fl. die zweyte Hypothek von A. d. a. 1801.
3) 3000 fl. die zweyte Hypothek von B. d. a. 1801.
4) 5000 fl. die dritte Hypothek von B. d. a. 1802.
5) 6000 fl. die dritte Hypothek von A. d. a. 1803.
6) 3000 fl. die vierte Hypothek von A. d. a. 1805.

30000 fl. Summe.

Hiedurch ist die Masse beyder Güter erschöpft, daher fallen bey A. der 5te Gläubiger d a. 1808. mit 3000 fl. und bey B. der 4te Gläubiger d. a. 1806. mit 2000 fl. durch.

Nun erfolgt die Repartition der 9000 fl. auf die Güter A. und B. so, daß die aufgezählten Gläubiger nach ihrer Priorität befriedigt werden, durch folgende einfache Operation:

Von dem Gute A. sind zu bezahlen

4000 fl. — Creditor II.
6000 fl. — Creditor III.
3000 fl. — Creditor IV.

13000 fl.; es fallen also nach der Masse des Gutes A. von den 9000 fl. des ersten Gläubigers hierauf

7000 fl.

20000 fl. Summe des Preises von A.

Von dem Gute B. werden bezahlt

3000 fl. — Creditor II.
5000 fl. — Creditor III.

8000 fl. kommen also von den 9000 fl. des ersten Gläubigers hierauf
2000 fl.

10000 fl. Summe des Preises von B.

So gerecht ist dasjenige, was der §. 68. in Folge der Specialität der Hypotheken, mit stäter Rücksicht auf Prioritas temporis, aufgestellt hat, und so leicht dessen Anwendung; auch ist es einleuchtend, daß eben bey dieser Bestimmung kein auf dem Gute A. inscribirter Gläubiger aus dem Gute B. (oder umgekehrt), sondern Jeder nur aus dem Preise des Gutes, worauf er eingetragen ist, befriediget werde.

Die ganz einfache Operation bestehet darin, daß von der einen auf mehrere Güter intabulirten Hypothek so viel auf das eine und auf das andere Gut repartirt wird, daß die ihr nachstehenden Gläubiger, ihrer Priorität nach, eben aus dem Gute befriediget werden können, worauf Jeder eingetragen ist.

Nur diese Bestimmung bringt in das ganze Hypotheksystem hinsichtlich des im §. 11. angenommenen Grundsatzes, daß eine, mit generellem Rechtstitel zur Hypothek versehene Forderung den Glaubiger berechtige, die Hypothek für eine und dieselbe Forderung im Ganzen auf mehrere Güter eintragen zu lassen, jene Harmonie, welche die Gerechtigkeit und das wirkliche Leben durchaus erheischet, um nicht durch eine einzige, auf mehrere Güter eingetragene, Forderung dem Schuldner allen ferneren Kredit zu entziehen, oder Gläubiger, welche im Vertrauen auf eine billige Repartition jener mehrfach eingetragenen Forderung den Kredit des Schuldners nach seinem Immobiliarvermögen im Ganzen bemessen haben, in ihren gerechten Erwartungen zu täuschen. — Diese billige Rücksichten sind desto nothwendiger, je mehr in der vergangenen Zeit generelle

Hypothek=Verschreibungen ausgestellt wurden, mit welchen eine billige Repartition bei Einführung des Hypothekensystemes verbunden seyn muß. In der Folge ist ohnehin zu erwarten, daß wenigstens die vertragsmäßigen Hypotheken schon ihrem Rechtstitel nach gewöhnlich spezielle seyn werden.

Zum §. 69.

Das Separationsrecht, welches den im §. 67. benannten Forderungen hinsichtlich der Immobilien zugestanden ist, hebt ihren Anspruch an die gemeine Masse nicht auf; vielmehr behält in Ansehung derselben jede Forderung, welche aus der Immobiliarmasse nicht befriediget wird, alle Recht und Vorzüge, die derselben vermöge ihrer ursprünglichen Eigenschaft, abgesehen von der erworbenen Hypothek, zustehen, weil die Hypothek als ein accessorisches besonderes Sicherheitsmittel der Forderung keinen Vorzug entziehen kann, welcher derselben in anderer Beziehung zustehet. Dieses ist desto nothwendiger, als manche Forderungen, besonders für künftige Haftungen bei Vormundschaften, Verwaltungen und der Illaten nicht immer vollkommen durch Hypotheken sicher gestellt werden können. Daß dasjenige, was von der Immobiliar=Masse übrig bleibt, der gemeinen Concurs=Masse zufalle, bedarf keiner Rechtfertigung.

Zum §. 70.

Wie es überhaupt Irrthum ist, wenn man glaubt, die Prioritäts=Ordnung entscheide nur über den Rang der Gläubiger im Concurse, wie sie vielmehr auch ausser dem Concurse, sobald zwei oder mehrere Gläubiger eines Schuldners über das Vorrecht ihrer Befriedigung in einen Streit gerathen, zur Anwendung kommt, so mußte hier diesem Irrthume vorgebeugt werden. Dabei versteht es sich von selbst, daß ausser dem Concurse dasjenige, was am Kaufpreise der unbeweglichen Sache nach Bezahlung der Hypothekar=Schulden übrig bleibt, dem Schuldner gebührt, soferne nicht andere gemeine Gläubiger darauf in rechtliche Ordnung einen gerichtlichen Arrest bewirkt haben.

Zum §. 71. und 72.

Natürliche Ordnung führt nun zu der Endigung der Hypotheken und den Endigungs-Arten. — Hier sind die Hypotheken nur als dingliches Recht und gleichsam getrennt von der Forderung, aufzufassen, und, mit Ausnahme des Num. 5., in welchem die Endigung der Hypothek eine Folge der geendigten Hauptschuld ist, nur jene Fälle aufzuzählen, wo die Hypothek, als jenes dingliche Recht erlöscht. — Diesemnach folgt aus der Endigung der Hypothek keine Erlöschung der Hauptschuld, obwohl umgekehrt der Satz wegen der accessorischen Eigenschaft der Hypothek (§. 2.) bestehet.

Ferner muß die Endigung der Hypothek (extinctio) bei der eine rechtsbeständige Hypothek vorausgesetzt wird, von jener Löschung (radiatio) unterschieden werden, die wegen jeder nicht rechtsbeständigen Eintragung verlangt werden kann.

Die Endigungsarten (modi finiendi hypothecam) in diesem Sinne zählt der §. 71. auf und unter denselben wird im §. 72. zuerst vom Ablauf der bedungenen Zeit gesprochen, für welche die Hypothek bestellt worden ist. Daß die Hypothek auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden könne, das brauchte nicht oben gesagt zu werden, denn nach dem Axiom: quidquid de jure non prohibitum, id de jure permissum, folgt dieses aus dem Stillschweigen des Gesetzes von selbst. Dabei war es aber räthlich die Frage zu berühren, ob man nach Ablauf der Zeit, also nach erloschener Hypothek, wenn diese für eine Bürgschaft auf eine gewisse Zeit bestellt war, gegen den Bürgen klagen könne auf Entschädigung wegen jener Handlungen, die noch während der Kaution vorgefallen sind. — Ihre Entscheidung wäre eine Abschweifung in die Materie von Bürgschaften gewesen, es mußte also auf die Civil-Gesetze hingewiesen werden.

Zum §. 73. — 75.

Der Satz, lite pendente nihil innovandum, angewendet auf das Bevorstehen eines Concurses, hat schon längst unter den Rechts-Gelehrten die Frage streitig gemacht, wie ferne eine erst bei Bevorstehen des Concurses bestellte Hypothek gültig sey?

Bisher sind die Rechts-Gelehrten darüber einig geworden, daß eine Hypothek, wenn sie der Schuldner bestellte, nachdem ihm der Richter die Disposition über sein Vermögen verboten hatte, ipso jure null sey, wenn sie aber früher, jedoch bei bevorstehendem Concurse, bestellt wurde, in gewissen Fällen und so weit es in fraudem creditorum geschehen, mit der Actio Pauliana angefochten werden könne. Selbst das baierische Strafgesetzbuch berührt im Th. I. Art. 276. bei dem Banquerout den Fall, wenn der Schuldner bei bevorstehendem Concurse einen Gläubiger zum Nachtheil Anderer durch Einräumung eines Vorzugs-Rechts begünstiget. Wie hätte dieser Punkt im Hypothekenrechte mit Stillschweigen umgangen werden können, besonders da eben in der lezten Zeit vor dem gänzlichen Falle eines wankenden Schuldners sich alles um Eintragung oder Vormerkung der Hypothek anzudrängen pflegt! Eben so forderte der ähnliche Fall bei Erbschaften, seiner Frequenz wegen, eine besondere Rücksicht. Die §. 73 — 75. werden nach den hier angedeuteten Gesichtspunkten keiner Rechtfertigung weiter bedürfen.

Zum §. 76. — 80.

Möchte eine Rechtfertigung überflüßig seyn.

Zum §. 81. — 82.

Das französische Recht macht bei dem Kaufe die Befreiung der Sache von den Hypotheken (die es Purgation nennt) durch eine Menge von Formalitäten sehr schwer, und die Institution selbst äußerst complizirt; es handelt davon in nicht weniger als 14. Artikeln! — Zum Theil kommt dieses davon her, daß es sich bestrebte, Mittel anzugeben, wie man auch ohne öffentliche Versteigerung ein Gut frei von Hypotheken überhaupt oder wenigstens von jenen Hypotheken, die aus dem Kaufpreis nicht getilgt werden, erwerben könne.

In einem reinen Hypothekensysteme darf sich der Gesetzgeber diese zweckwidrige Aufgabe gar nicht machen. Jeder inscribirte Gläubiger hat ein Recht, aus der Sache seine Befriedi-

gung zu fordern, welches ihm durch eine Privat-Handlung anderer Kontrahenten und durch den unter ihnen konventionell festgesezten Preis nicht entzogen werden kann.

Bei einem aussergerichtlichen Kaufe ist also eine Befreiung von den Hypotheken nicht anders möglich, als durch Zahlung der Gläubiger oder durch deren Entsagung, wofür schon die Bestimmungen im §. 79. und 80. gegeben sind. Stillschweigend oder implicite ist dieses im §. 81. ausgesprochen, da nur der gerichtlichen Versteigerung besonders Wirkungen beigelegt sind.

Bei der gerichtlichen Versteigerung gilt der bekannte Saz: qui a fisco et sub hasta publica emit, securus est; er muß auch im neuen Hypotheken Systeme beibehalten werden. Man könnte zwar einwenden, dieses widerspreche dem Prinzipe der Publicität, denn der Käufer müsse aus den öffentlichen Büchern sich ersehen, wer auf dem Gute eine Hypothek habe, und ihm liege ob, für deren Löschung zu sorgen; allein dieser Gesichtspunkt kann nicht bei gerichtlichen und öffentlichen Versteigerungen entscheiden, von denen jeder Hypothek Gläubiger durch Specialladung vom Gerichte in Kenntniß gesezt, und bei welchem vom Gerichte selbst für die Gläubiger gesorgt werden muß. Zahlt der Käufer nicht den ganzen Kaufschilling baar, so werden ihm ohnehin für den Rest Hypotheken überwiesen; zahlt er ihn baar, so erlegt er ihn bei Gericht, oder da, wo es das Gericht befiehlt, und überläßt dann den Gläubigern und dem Gerichte, damit zuthun, was Rechtens ist. So einfach ist die Sache nach den Bestimmungen des §. 81.

Nur ein Wink wurde den Gerichten hinsichtlich der noch nicht fälligen, besonders aber der oft noch nicht einmal wirklich vorhandenen Forderungen bei Amts-Cautionen oder Vormundschaften gegeben; denn es ist wohl unverkennbar, daß für solche Forderungen der Gläubiger, auch bei gerichtlicher Versteigerung, nicht die Zahlung, sondern nur Sicherheit verlangen kann, für diese also auf irgend eine andere Weise gesorgt werden muß.

Zum §. 83. — 84.

Von den Wirkungen der Endigung einer Hypothek ist die erste, welche der §. 83. behandelt, eine Folge der im §. 25. und 26. des Entwurfs ausgesprochenen Publicität der Hypothekenbücher, die zweite, welche den Gegenstand des §. 84. ausmacht, fordert, so einfach sie sich dem ersten Anblicke darstellt, nähere Betrachtung, weil in ihr etwas sehr praktisches tiefer verborgen liegt.

Der Saz, den der §. 84. ausspricht, ist wohl unbestreitbar. Der Rang der Gläubiger richtet sich nach ihrer Ordnung, wie sie im Hypotheken-Buche auf einander folgen; ist also eine erloschene Hypothek im Hypothekenbuche auch wirklich gelöscht, so ist die Endigung derselben in ihren Wirkungen nicht mehr auf diejenigen beschränkt, in deren Handlungen die Endigung sich gründet, sondern sie ist durch den Eintrag in das Hypothekenbuch für alle schon eingetragenen oder vorgemerkten und für alle nachfolgenden Gläubiger wirksam geworden, diese erhalten daraus ein unwiderrufliches Recht und rücken in ihrem Range ipso jure vor. Der Schuldner kann also nach einmal erfolgter Löschung einer Hypothek weder dem vorigen noch einem andern Gläubiger den Rang der vormaligen gelöschten Hypothek mehr einräumen.

Nun ist es aber eine unter den Rechtslehrern sehr controvertirte Frage, ob der Schuldner nach erloschener aber im Hypotheken-Buche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem andern auch neuen Gläubiger einräumen könne?

Diese Frage ist hier zwar nach legislativen Rücksichten zu lösen, aber, auch in dieser Beziehung ist es nothwendig, mehr auf den Zusammenhang der Prinzipien des Rechts als auf die Folgen der Convenienz zu sehen, denn jene führen zu einem feststehenden, diese gewöhnlich nur zu einem schwankenden Resultate, und was in einem Falle sehr convenabel erscheint, ist im andern Falle sehr inconvenabel.

Ueber die Frage sind in einem auf Oeffentlichkeit der Bücher gebauten Hypothekensysteme folgende Rechtssätze entscheidend:

1.) Alles, was auf das Hypothekenwesen Einfluß hat, ist in seinen Wirkungen auf die handelnden Personen unter sich beschränkt, so lange es noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragen ist, (§. 25. und 26.) und eben dieser Satz gilt auch über Endigung der Hypotheken (§. 83.); die Gläubiger können also aus der Endigung einer Hypothek für sich kein Recht ableiten, so lange nicht dieselbe im Hypothekenbuche wirklich gelöscht worden;

2.) Jeder Gläubiger hat nur das Recht auf Vorzug, welches das Hypothekenbuch nach Ordnung der Einträge darstellt. So lange eine Hyothek noch eingetragen, noch nicht wirklich gelöscht ist, hat kein Gläubiger auf eine andere Priorität ein Recht. Wie durch Cessionen ohne Zwischenhandlung des Schuldners der Cessionar in die Priorität der cedirten Forderung eintritt, eben so kann dieses mit Zwischenhandlung des Schuldners geschehen, denn diese ist in einem öffentlichen Hypothekensysteme aus Mangel des Eintrags hinsichtlich anderer Gläubiger immer eine res inter alios acta.

3.) Offenbar steht also kein Recht eines Gläubigers und kein äusseres rechtliches Hinderniß entgegen, wenn der Schuldner, welcher eine Hypothekschuld, sey es durch Zahlung, Nachlaß oder Confusion z. B. als Erbe des Gläubigers, an sich brachte, die für das Hypothekenbuch und mit demselben für alle darin eingetragene Gläubiger noch bestehende Hypothek einem dritten einräumt.

4.) Der juristische Anstoß kann nur in der Vorstellung liegen, daß es nicht denkbar sey, wie er gleichsam als sein eigener Gläubiger auftreten, und die an sich gebrachte Forderung cediren wolle.

Allein dieser Anstoß verliert sogar den äussern Schein, wenn man die Sache aus dem natürlichen Gesichtspunkte betrachtet. Die Forderung besteht noch äusserlich und öf-

Staats-
Bibliothek
Bamberg

fentlich durch den Eintrag im Hypothekenbuche; der Schuldner erklärt, wen er als Eigenthümer derselben d. I. als Gläubiger erkenne, und er legitimirt sich über das Recht, diese Erklärung auf gültige Art zu machen, dadurch, daß er seine Befugniß beweiset, ohne Einwilligung der als Gläubiger im Hypothekenbuche benannten Person oder vielmehr im Namen und aus dem Rechte derselben nunmehr eine andere benannte Person als Gläubiger anzuerkennen. Der innere Werth des Anstosses beruht ohnehin, wie das Rechtsaxiom: res propria nemini servit, zum Theil auf einem Irrthum, und ist nur wahr, so lange nicht eine neue Sonderung der Person von der Sache erfolgte. Wenn ich ein Haus kaufe, dessen Balken auf meiner Mauer jure servitutis liegen, so ist es zwar, so lange ich beide Grundstücke besitze, wahr, daß nunmehr die Balken nicht auf einer fremden Sache, also nicht jure servitutis liegen; wenn ich aber jenes Haus wieder verkaufe, und die Balken noch auf meiner Mauer liegen, so ruhen sie wieder jure servitutis darauf. Mit andern, besonders den apparenten Servituten läßt sich dieses auf gleiche Art nachweisen.

In gleichem Verhältniß befindet sich, wenn man ein öffentliches Hypothekenbuch voraussetzt, der Schuldner, welcher das Hypothekenrecht, das als Recht auf fremder Sache noch öffentlich besteht, wieder von seiner Person trennt.

Aus diesen Rechtsgründen wurde die oben erwähnte Frage im §. 84. implicite bejahend entschieden, und diese Entscheidung stellt sich auch von der politischen Seite als zweckmässig dar. Nicht zu gedenken, daß sie vielen Umtrieben und Prozessen vorbeugt, die mit dem Antedatiren, mit fingirten Cessionen u. d. getrieben werden, wenn man nicht offen und gerade geschehen läßt, was sonst auf geheimen und krummen Wegen doch geschieht: kommt wirklich der Schuldner oft in den Fall, wo ihm dieses Mittel — das ohnehin erwiesenermaßen kein Recht eines Gläubigers verletzt — allein übrig bleibt.

Der Schuldner hat z. B. ein Hypothek-Capital eben abgezahlt, ein nachfolgender Gläubiger, unzufrieden damit, daß

nicht Er die Zahlung erhielt, dringt nun auf diese mit Ungestüm. Für eine mit gutem Range versehene Hypothek findet man bald einen Darleiher, schwerer hingegen, wenn man ihm nur eine der letzten Hypotheken anbieten kann. — Soll nun der Schuldner, so lange die Hypothek für die eingelöste Schuld noch nicht öffentlich gelöscht ist, nicht berechtigt seyn, darauf wieder Kredit zu suchen, und sich gegen den ungestümen Gläubiger zu retten? Aehnliche Fälle ließen sich besonders, bei Confusion des Gläubigers und Schuldners, bei Erbschaften u. d. in großer Menge aufzählen.

Zum §. 85.

Den Beschluß macht die Löschung der Einträge im Hypothekenbuche, welche zwar auch ein Eintrag, aber der Gegensatz dessen sind, was vorher im Hypothekenbuche eingetragen war. Hiebey gilt zwischen Einträgen, Protestationen und Vormerkungen kein Unterschied. Ihre Wirkungen sind nach dem §. 25. und 26. zu beurtheilen.

Titel II.

Von

Führung der Hypothekenbücher

und

vom Verfahren in Hypotheken = Sachen.

Zum §. 86. — 91.

Der zweyte Titel vereiniget in sich alle Bestimmungen, welche, 1.) die Führung der Hypothekenbücher, 2.) das Verfahren in Hypotheken = Sachen betreffen.

Im Ganzen beruhet die Aufgabe darin, das Verfahren einfach und die Führung der Bücher leicht zu machen, und dennoch die Pünktlichkeit und Ordnung aufrecht zu halten, welche stets die Seele des Hypotheken = Instituts sind.

Das Erste, was in Betrachtung kommt, ist die Behörde, welcher die Führung der Hypotheken = Bücher zusteht, mit der genaueren Bezeichnung 1.) dieser Behörden selbst (§. 86. — 91.) 2.) ihres Wirkungskreises (§. 92. — 94.) 3.) der besondern Obliegenheiten des Hypothekenamts (§. 95. — 98.) und 4.) seiner Haftung (§. 99. 100.)

Was nun das Subjekt belangt, dem die Führung der Hypothekenbücher zukommt, so steht der Grundsatz an der Spitze,

daß sie a) als ein Attribut der Real-Gerichtsbarkeit, und b.) der freywilligen Jurisdiktion anzusehen ist. Dieses gehet folgerecht aus der dermaligen Verfaßung des Königreiches hervor, und ist besonders im Edikte über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit gegründet, aber freylich auf den Rheinkreis nicht anwendbar, der für die Handlungen freywilliger Gerichtsbarkeit eigene von den Gerichten ganz getrennte Institute, das Notariat, das Amt der Civilstands-Beamten und eigene Conservatoren der Hypotheken hat.

Der angeführte Grundsatz wird nun nach der Gerichts-Verfaßung in den sieben Kreisen des Königreiches angewendet:

1.) auf die königlichen Appellationsgerichte, — bey welchen eine Aufzählung derjenigen, welche vor denselben das forum privilegiatum reale haben, absichtlich umgangen ist, weil dieser Gegenstand dem Hypothekenrechte nicht eigends, sondern mehr der Gerichts-Ordnung angehöret.

2.) Auf die königlichen Kreis und Stadtgerichte, dann Landgerichte, wo hinsichtlich der ersten eine eigene Bestimmung über das forum speciale der Gutsherren, welche die gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausüben, und über das für dieselben gesondert zu führende Hypothekenbuch nothwendig war;

3.) auf die gutsherrlichen Gerichte.

Eingeschaltet wurde das, was mit den königl. Gerichten in unmittelbarer Verbindung stehet, bey denselben gleichförmig zur Anwendung kommt, und nur bey einigen gutsherrlichen Gerichten analog eintritt; hierüber ist folgendes zu bemerken.

Die preußische Hypothekenordnung läßt alles, was auf Hypotheken sich beziehet, wie jeden kontentiosen Rechtsgegenstand durch das Gericht als solches leiten und verfügen (decerniren oder decretiren) und dann vom Hypothekenamte, das bey dieser Anordnung eigentlich kein Amt mehr ist, sondern nur Schreibersdienste leistet, einschreiben und vollziehen. So müßte denn über jede Vormerkung oder Eintragung bey den Appellations- und Stadtgerichten erst in der Sizung referirt, ein Beschluß gefaßt, und ein Auftrag an das Hypothekenamt expedirt werden. Wie viel dabey an Zeit ver-

loren und an Arbeit und Schreiberey vermehrt wird, muß jedem einleuchten, und dennoch ohne Noth und Consequenz, selbst noch mit dem Nachtheil, daß, wenn über einen Eintrag Streit entstehet, dasselbe Gericht, das ihn decretirte, im Grunde über sein eigenes Faktum Richter ist. Lassen wir doch Testamente, Contracte, Eheveredungen u. d. über die wichtigsten Objekte von einer Gerichtsperson als Kommissär aufnehmen, ist doch bey den Landgerichten und gutsherrlichen Gerichten eine solche Führung des Hypothekenbuchs durch eine gesonderte collegiale Leitung platterdings unthunlich, warum sollte man bey andern Gerichten zur Führung des Hypothekenbuchs eine schwerfälligere Geschäftspflege anordnen, die ganz ausser dem Zwecke des Instituts und außer der Natur unstreitiger Rechts-Sachen liegt, zu welchen die Hypotheken gehören? Also ist es anpassend, zur Führung der Hypothekenbücher ein Mitglied des Gerichts beauftragen zu lassen, damit das Hypothekenbuch in den Händen eines in dem Mechanismus des Geschäfts ganz bewanderten Mannes liegt. Die Anordnung ständiger Referenten für solche ganz eigene Geschäfte, wie Vormundschaften, Notariat und Hypothekenbücher sind, hat sich allenthalben als nützlich bewährt.

Allenthalben wird dadurch Ordnung, Pünktlichkeit und Uebersicht des Ganzen, so wie Erleichterung des Geschäftes befördert. Dem Vorstand bleibt die Aufsicht über die Geschäfts-Führung, auch geschehen die Ausfertigungen unter seiner Mit-Unterschrift und im Namen des Gerichts. — In dieser Anordnung liegt eine besondere Gewährschaft für die richtige und leichte Ausführung des ganzen Instituts.

Zum §. 92. — 94.

Der Geschäftskreis des Hypothekenamts ist beschränkt auf Hypotheken cum annexis, doch nur so weit diese als unstreitiges Rechtsgeschäft zu betrachten sind. Vergleiche mag es bey Differenzen versuchen, aber es darf sich durchaus keine Entscheidung anmaßen. Innerhalb dieser Grenzen hat es für seine Amtshandlungen fidem publicam.

Auch in unstreitigen Rechtssachen muß das Recht gegen Kränkungen sicher gestellt werden, dieses geschieht durch die Beschwerdeführung an den höhern Richter, die als (in der Sprache des Judiciar-Codex) eine Extrajudicial Appellation an keine Formalien und Fatalien gebunden ist, aber eben deßwegen keine drey Instanzen fordert oder zuläßt.

Zum §. 95. — 100.

Die Obliegenheiten des Hypothekenführers sind im allgemeinen gezeichnet, weil es nützlich ist, bey besondern Instituten die Menschen an ihre besondern Pflichten zu erinnern.

Vorzüglich wichtig ist es, genau festzusetzen, was das Hypothekenamt absolut und bey eigener Haftung zu thun schuldig sey, und was es thun könne, ohne übrigens der Unterlassung wegen verantwortlich zu seyn. Die preußische Hypothekenordnung scheint auf der einen Seite den Satz, das Hypothekenamt handle nicht unaufgefordert, zu strenge befolgt, und dennoch auf der andern Seite (besonders im allgemeinen Landrecht) mehr als seyn soll, zur Obliegenheit des Hypothekenamtes gezählt, und dafür dem Hypothekenamte die Haftung aufgelegt zu haben.

Ueber diesen, die ganze Legislation durchdringenden und hier auch in Ansehung anderer Personen im §. 105. wiederkehrenden Gegenstand entscheiden folgende legislative Rücksichten. Der Satz, vigilantibus jura, und das Axiom, culpa cum culpa compensatur, zeigen sehr bald, daß die Gesetzgebung sich von den Prinzipien entfernt, wenn sie den Richter verbindet, den Sachverwalter der Parthei zu machen, und ihr Schadloshaltung für Versäumniße von Dingen zu leisten, wofür die Parthei selbst sorgen konnte und sorgen mußte, da es ihren Rechten gilt. Wohl mag der Gesetzgeber den Richter anweisen, den Leuten auch ungefordert zu helfen, und viele Vorschriften dieser Art stammen aus einer sehr guten Absicht und Meinung des Gesetzgebers. Aber er hüte sich ja die Verantwortlichkeit und Haftung weiter

auszudehnen, als es durchaus nothwendig ist. Die Grenze bestehet also darin: Alles, was zur Wesenheit des Rechtsgeschäfts gehört, und vom Richter allein geschehen kann und muß, ist eine Verbindlichkeit, wegen deren Unterlassung er dem Beschädigten zum Ersatze verbunden ist; alles aber, was von dem Betheiligten so gut als vom Richter bewahrt und besorgt werden kann, was also der Betheiligte auch selbst bewahren soll, das begründet in Unterlassungs-Fällen keine Entschädigungs-Klage. Der Gesetzgeber, wenn er auch will, daß der Richter für das Beste der Partheien unaufgefordert sorge, hebt dadurch den Satz: vigilantibus jura, und daß jeder die Folgen seiner eigenen Nachläßigkeit tragen müße, noch nicht auf.

Beyde Extreme sind in diesen Paragraphen vermieden.

Zum §. 101. — 103.

Hierauf folgt denn als zweyter Hauptpunkt das Verfahren in Hypothekensachen überhaupt, das die generellen Vorschriften (§. 101. — 121.) in sich faßt.

Die drey ersten Bestimmungen sind durch sich selbst gerechtfertiget, doch verdienen hierüber einige Bemerkungen zum §. 102. hier einen Platz.

Die preußische Hypothekenordnung v. J. 1783. hatte im Titel I. §. 64 — 67. neben dem Hypothekenbuche und den Grund-Akten (die auch hier §. 103. anbefohlen sind) ein eigenes Ingroßations-Buch angeordnet, in welches alle diejenigen Urkunden, welche im Hypothekenbuche nur summarisch notirt werden können, vollständig eingeschrieben werden sollten. Allein für ein so ausgebreitetes und alltäglich sich fortbewegendes Institut, wie Hypotheken sind, ist besonders bey Untergerichten, jenes Ingroßationsbuch so wenig ausführbar, daß es selbst in Preußen bey den Untergerichten nicht zur Ausführung kam, und sogar die preußische Regierung vom Jahre 1804. an bey Einführung ihrer Hypothekenordnung in einigen neuen Provinzen dieses Ingrossations-Buch ausdrücklich auszunehmen sich bewogen fand. Was für Familien-

Fideikommisse aus ganz andern Gründen und unter ganz andern Verhältnissen nothwendig ist, das erscheint bey den Hypotheken als überflüßig; denn das, was von den Urkunden in die Hypothekenbücher, wenn gleich nur summarisch, eingetragen wird, stellt ihren ganzen Inhalt soweit dar, als es zur Sicherheit jenes Instituts, und aller Personen, die sich daraus informiren wollen, nothwendig ist, während bey Familienfideikommissen aus der bloß summarischen Notirung eines Familien-Vertrags oder einer Fideikommißstiftung in der Matrikel ihr Inhalt so vollständig, als es nothwendig ist, nicht erkannt werden kann; daher erscheint bey diesen ein Urkundenbuch unumgänglich nothwendig, bey Hypotheken aber ganz entbehrlich.

Statt dessen hielt man aber für Hypotheken die Anordnung eines eigenen Einlaufs-Protokolls für nothwendig, in welches alle Einläufe, der darauf gefaßte Beschluß und dessen Vollzug — kurz d. h. summarisch eingetragen werden müßen. Er ist die lebendige Erinnerungstafel für den Hypothekenbuchführer, und das sicherste, ja einzige Mittel der Kontrolle und Aufsicht über seine Geschäftsführung.

Zum §. 104 und 105.

Im Verfahren überhaupt kann die Frage nicht unbeantwortet bleiben, wer in Hypotheken-Sachen handeln könne. Einige von den Bestimmungen, welche die beyden §§en enthalten, hat das französische Civilgesetzbuch in sich aufgenommen; allein so gewiß diese Frage, was streitige Rechtssachen belangt, in die Gerichtsordnung gehört, eben so gewiß mußte ihre Beantwortung, nach der Anlage gegenwärtiger Verordnung, dem zweyten Titel vorbehalten werden.

Was nun das Materielle selbst angehet, so ist es von höchstem Belange, jeder Parthey die eigne Besorgung ihrer Angelegenheiten zu erleichtern, und sie von theuern Advokaten minder abhängig zu machen, auch auf der Formalität der Bevollmächtigung nicht strenger zu bestehen, als es absolut nothwendig ist. Hiernach sind beide §§en bemessen, der letzte insonders

derheit beachtet noch die Fälle, wo Jemand für den Eintrag im Namen eines Andern ein eigenes Interesse hat (Nro. 1—3.) oder wo das öffentliche Interesse oder eine vorhergehende Pflicht fordert, andere Personen zur Anmeldung um eine Inscription zu authorisiren. (Nro. 4. u. 5.)

Zum §. 106—111.

Bey dem Verfahren zu irgend einem Eintrage, er bestehe a.) im Besitze oder Besitztitel, b.) eines Realrechts, c.) einer Hypothek, d.) einer Cession, e.) einer Löschung, f.) einer Vormerkung, oder g.) einer Protestation, ist das leitende und in seinen Folgen durchgeführte Prinzip, daß jeder durch einen Eintrag sich präjudiciren kann, daß aber nicht zum Präjudiz eines Andern Etwas eingetragen werden kann, ohne ihn darüber zu hören, es wäre denn die Sache so geartet, daß man vorhinein dessen Vernehmung für entbehrlich achten darf. Dabey ist noch zu berücksichtigen, daß man bey Hypothekenbüchern in letzter Beziehung minder streng zu seyn Ursache hat, weil jede auf einseitigen Antrag geschehene Eintragung noch immer von jenem, wider den sie gerichtet ist, überhaupt angefochten werden kann, deswegen auch derselbe jederzeit davon in Kenntniß gesetzt werden muß, folglich der Eintrag kein unheilbares Präjudiz hervorbringt.

Nach diesen Absichten stehet denn

1.) unwidersprechlich fest, daß jede von einem höhern Gerichte aufgetragene oder von einem gleichen Gerichte requirirte Inscription (§. 106.) ohne Vernehmung des Betheiligten sogleich vollzogen werden muß, denn es ist dieß blos eine Executio judicati vel provisorii, gegen das sich jener bey dem höheren Richter des requirirenden Gerichts beschweren muß. — Wie ferne man Requisitionen ausländischer Gerichte hierin entsprechen müße, dieses wurde absichtlich nicht berührt, weil ja ohnehin es Grundsatz der k. b. Regierung ist, auch Ausländern gleiche Rechtshilfe angedeihen zu lassen, wie den Inländern, wenn das Reciprocum zugesichert wird, und weil die-

se Zusicherung einen Bestandtheil jeder, besonders ausländischen Requisition ausmacht. —

2.) Eben so ist (§. 107.) jede vorläufige Vernehmung entbehrlich, wenn derjenige selbst, dem die Inscription präjudicirt, diese verlangt. Dieses geschiehet häufig bey Schuldnern und Cedenten; es kann selbst bey dem Besitztitel vom Verkäufer, wenn der Käufer vom Sitze des Hypothekenamtes entfernt ist, ohnehin von Vormündern und Ehemännern geschehen.

3.) Liberalität in Formen ist besonders bey bloßen Protestationen und Vormerkungen nothwendig.

Die großen aber unerläßlichen Folgen der Publicität, die im Tit. I. §. 25. und 26. behandelt wurden, zeigen, wie bedenklich jeder Verzug in Hypothekensachen werden, und wie leicht eine nachtheilige Handlung inzwischen vorgehen kann, wenn man nicht eher, als bis alle Bedingniße streng erfüllt sind, eine vorsorgliche Inscription verlangen dürfte. Hat doch die Legislation zur Abwendung jeder Gefahr remedia provisoria gestattet, wie könnten diese gerade bey dem Hypotheken-Institute ausgeschlossen werden, wo die Gefahren eines Tages so groß und gewöhnlich sind.

Da nun die Protestationen und Pränotationen, wie im Titel I. §. 27. ff. gezeigt wurde, nichts sind, als solche Provisorien, so muß sie das Gesetz, wie im §. 108. geschehen, eher mit Nachsicht als mit Strenge behandeln lassen. Die Hypothekenordnung von Oesterreich und Preußen erkennen dieses an, die französische hat darüber zum Theil nach der Eigenthümlichkeit ihrer öffentlichen Institute nichts bestimmt, und diese Lücke gehört zu den Unvollkommenheiten, denen man da, wo es auf eine richtige Exposition ankommt, nicht selten in der französischen Legislation begegnet.

4.) Größere Strenge muß eintreten, wenn eine förmliche und definitive Eintragung von jenem gesucht wird, dem sie zum Vortheil gereicht; hier soll gegen den Andern ein Recht erworben werden, hier ist es Regel, daß er gehört werden muß, und eine Ausnahme bedarf eines besonderen Rechtfertigungsgrundes. Davon giebt es zwey Gründe: a.) die Kraft

des Beweises, der für das Gesuch spricht (§. 109.) und b.) die Eigenschaft der Forderung, für welche die Eintragung gesucht wird. (§. 110.)

5.) In allen andern Fällen, auch wenn klare Privaturkunden, Quittungen u. d. gl. für den Ansuchenden sprechen, bleibt es bey der Regel die der §. 111. enthält, daß der Betheiligte darüber gehört werden muß, weil es früher an der Gewißheit mangelt, daß die Privaturkunden richtig seyen, und wie sie im Civilprozesse erst der Recognition bedürfen, ehe durch sie der Beweis hergestellt wird, eben so muß für die Eintragung oder Löschung im Hypothekenbuche eine Vernehmung des Betheiligten vorhergehen.

Zum §. 112.

Daß die Vorladungen eines Theils zu einer gerichtlichen Handlung ohne Präjudiz nichts helfen, ist eine sehr bekannte Wahrheit; daß aber das Präjudiz nicht größer sey, als der Zweck der Ladung absolut fordert, ist eine in manchen Gesetzen nicht genug beobachtete Forderung der Gerechtigkeit. Viele Termine, Prolongationsgesuche, Fristenverlängerungen u. d. sind mit dem Hypotheken-Institute ganz unverträglich. Eben so wenig darf das Gesetz zulassen, daß derjenige, wider den eine Eintragung gesucht wird, der nichts mehr abgehet, als daß er darüber gehört werde, es in seiner Macht habe, durch blosses Stillschweigen und Verachten der richterlichen Ladung die Eintragung auf eine beliebige Zeit hinaus zu schieben, und auf diese Weise das Recht des andern Theils in einen provisorischen und schwankenden Zustand schweben zu lassen.

So lange er dem Eintrag nicht widerspricht, ist der Fall einer Hinweisung an das kontentiose Gericht nach §. 92. des Titels II. nicht vorhanden, die Sache ist und bleibt rein unstreitiger Natur, die Ladung selbst mehr monitorisch, und da das Gesetz unmittelbar das Präjudiz ausspricht, da zur Anwendung dieses Gesetzes nichts als das Stillschweigen des Vorgeladenen erfordert wird, so ist es auch mit der Natur der freywilligen Jurisdiktion sehr wohl vereinbar, daß

sie nach Ablauf des Termins vollziehet, was das Gesetz befiehlt, besonders da dem §. 112. zufolge das Präjudiz ipso jure eintritt, und kein Präclusiv-Bescheid nothwendig ist. Ohnehin würde die Hinweisung dieses Gegenstandes an das kontentiose Forum nichts als schädliche Weitläufigkeiten und unübersehbare Verwiklungen hervorbringen.

Die gesetzliche Folge des Stillschweigens erscheint um so gerechter, wenn man im zweyten Absatze des §. 112. die Wirkungen des gesetzlichen Präjudizes selbst betrachtet. Der Impetrant wird nicht, wie bey dem Ungehorsam in streitigen Civilsachen, pro confesso et convicto, das Dokument nicht pro recognito geachtet, er wird nicht mit seinen Einreden präcludirt, vielmehr bleiben ihm diese insgesamt gegen den Impetranten unverletzt; nur gegen einen Dritten ist ihre Wirksamkeit in nothwendiger Folge der Publicität (§. 25. und 26.) aufgehoben.

Institute, die wie das neue Hypothekensystem, unter die öffentliche Garantie gestellt sind, und ein kräftiges Triebrad des Verkehrs seyn sollen, müßen gegen alle Indolenz und Umtriebe durch ernsthafte Bestimmungen gesichert werden. Die falsche Schonung unserer Gesetze bey Terminen in Civilsachen ist ein Hauptübel in der bestehenden Gerichtsordnung, die Hypothekenordnung muß davon frey bleiben, wenn sie nicht schon mit dem Keime der Fäulniß in die Welt treten soll.

Uebrigens ist über den eigentlichen Sinn und die richtige Anwendung des §. 112. nachfolgendes zu bemerken.

1.) Er sagt nicht, daß jede Protestation oder Vormerkung nach Ablauf von 30 Tagen in eine förmliche Eintragung übergehen soll. Manche sind wohl dazu gar nicht geeignet; z. B. eine Protestation um den Verkauf oder alle weitere Verpfändung zu hindern, ein Arrest auf die Forderung gegen den Gläubiger: bey manchen andern hat der Impetrant nicht einmal die förmliche Eintragung verlangt; es liegt also am Tage, daß in solchen Fällen nach Ablauf der 30 Tage von einer solchen Eintragung keine Rede seyn kann.

2.) Er sagt ferner nicht, daß eine Vormerkung durch Stillschweigen des Impetranten in eine Eintragung auch als-

denn übergehe, wenn der Grund warum nur eine Vormerkung geschehen, nicht in der vorhergehenden Vernehmung des Impetraten, sondern in einem Mangel an den gesetzlichen Bedingungen einer Eintragung liegt; denn hier ist es klar, daß sein Stillschweigen blos ihm präjudiziren, blos den Mangel seines Konsenses ersetzen, nicht aber die andern absoluten Mängel heben kann. So kann der Besitztitel in jenen Fällen, wo die Kontrahenten über das Eigenthum unbeweglicher Sachen nur vor Gericht gültig kontrahiren können, auch nur auf gerichtliche Urkunden (§. 143—145) eingetragen werden; mangelt es also daran und ist deswegen das Recht des Käufers an sich selbst nicht zur Eintragung, sondern blos zur Vormerkung geeignet, so hebt das Stillschweigen des Impetraten diesen Mangel gewiß nicht auf. Eben dieses tritt ein, wenn die Hypothek wegen mangelnder Einwilligung des Lehen- oder Grundherrn nicht einmal mit ausdrücklicher Beystimmung des Schuldners förmlich eingetragen werden kann. Er sagt also blos dieses, daß die Vormerkung in eine Eintragung übergehen soll,

a.) wenn das erste Gesuch auf eine Eintragung gerichtet war,

b.) wenn alle Erfordernisse dieses Gesuchs an sich vorhanden sind, und kein anderer Mangel dessen Gewährung hindert, als

c.) der einzige Umstand, daß darüber der Impetrat vorher vernommen werden muß.

Zum §. 113.

Die nothwendige Begünstigung der Vormerkungen forderte aber auch, den Bedacht auf ein Mittel zu nehmen, durch welches der Impetrant, der sich dadurch geschützt glaubt, von der Unthätigkeit abgehalten wird, und der Eigenthümer sowohl, als jeder Hypothek-Gläubiger, denen oft solche Vormerkungen nicht gleichgültig sind, dem provisorischen Zustande ein Ende machen können, ohne in die Nothwendigkeit versetzt zu seyn, sogleich durch das Gericht im kontentiosen Rechtswege sich von der Vormerkung zu entledigen. Dieses Mittel wurde nach der Analogie dessen normirt, was im §. 112. bestimmt ist.

Zum §. 114. und 115.

Der §. 114. bedarf keiner Erläuterung, zum §. 115. aber ist Einiges zu bemerken. Wie man in streitigen Rechtssachen dem Civilrichter nicht erlaubt, ultra petita partium zu erkennen, wie man ihn aber verbindet, dem Grundsatz treu, semper in eo quod plus est, et minus continetur, das Mindere zu erkennen; eben so muß es bey unstreitigen Rechtsgeschäften gehalten werden, und nichts ist wohl billiger, als die Ansicht, daß jedes Gesuch um Eintragung z. B. des Besitztitels das eventuelle Gesuch um Vormerkung in sich schließt, hiernach also der Richter, wenn er jenes nicht gewähren kann, dieses gewährt, vorausgesetzt, daß sich die Sache zur Vormerkung eignet.

Zum §. 116. und 117.

Der §. 116. ist blos reglementär, wesentlicher hingegen der §. 117., welcher die juristische Haltung alles Verfahrens in Hypothekensachen herstellt. So wenig im Civilprozesse Etwas contra inauditum entschieden werden kann, eben so wenig kann in unstreitigen Rechtssachen ein Recht erworben werden, ohne Wissen desjenigen, den es angehet. Dieses muß auch bey Hypotheken gelten. Wie aber dort nach Verschiedenheit der Prozeßarten die Vernehmung des Beklagten entweder der Entschließung vorhergehet (im Citations-Prozesse) oder mit dem Befehle verbunden wird (im Mandatsprozesse, der Zweck der bekannten citatio annexa) um den Impetraten in den Stand zu setzen, daß er gegen die Forderung, ja selbst gegen den Befehl des Richters sein Recht vertheidige, eben so ist es bey Hypotheken zu beobachten.

Zum §. 118. — 120.

Zum Verfahren überhaupt gehörte im §. 113. eine allgemeine Anzeige der nach einem Eintrag erfolgenden Ausfertigungen. Von ihnen wird unter einem eigenen Absatz das nähere unten bestimmt.

Die Wirkung der Publicität (Tit. I. §. 25.) zeigt sich theils in dem Rechte, das Hypothekenbuch einzusehen, theils in dem Rechte davon einen Auszug zu verlangen. Das erste ist weniger bedenklich als das letzte wegen des manigfaltigen Mißbrauches, den ein Dritter damit treiben könnte; denn Auszüge sind geschrieben, beglaubigt, also weit bedenklicherer Mißbräuche fähig. Es war daher nothwendig, näher zu bestimmen, von wem und unter welchen Voraussezungen ein Auszug aus dem Hypothekenbuche verlangt und ertheilt werden könne. Der §. 119. gemachte Unterschied ist für sich selbst gerechtfertiget, und dabey zu bemerken, daß unter dem Namen Staatsbehörde nicht blos die unmittelbaren, sondern auch die mittelbaren, z. B. Magistrate begriffen sind.

Wichtiger, als es scheint, ist die Vorschrift des §. 120. über das Datum bey allen Einträgen ins Hypotheken-Buch und bey allen Extrakten aus demselben. Bey den ersten hängt vom Datum eine Menge rechtlicher Folgen ab, denn es ist eine unmittelbare Rechtsfolge der Hypothek, daß mit dem Datum des Einschreibens, nicht früher, nicht später, — alle Wirkungen der Publicität eintreten; das Hypothekenbuch erfüllt also nur dann seinen Zweck, wenn es bey jedem Eintrag, er bestehe, worin er wolle, das Datum der Inscription in sich hat. Bey den zweyten hat das Datum Einfluß auf den Kredit, den man einem auf den Extrakt giebt, abgemessen nach der Wahrscheinlichkeit, daß seit der Zeit, als der Extrakt gefertiget wurde, keine neuen Einträge ins Hypothekenbuch geschehen sind, es hat wesentlichen Einfluß auf die Haftung des Hypothekenamts, welches für die Genauigkeit und Vollständigkeit seiner Auszüge haften muß (Tit. II. §. 99.) und diese nicht ohne das Datum der Ausfertigung beurtheilt werden kann.

Zum §. 121.

Die hier vorkommenden Bestimmungen sind eine Folge der Publicität der Hypothekenbücher und ihrer Ge-

richtskündigkeit in besonderer Anwendung auf Concurse, und mit Rücksicht auf die Bestimmungen des baier. Judiciar-Codex. Es gilt hier einer wesentlichen Nachhülfe an dessen Bestimmungen, an einer Erleichterung der Hypothekgläubiger bey der Liquidation in Folge jener Publicität, und ihrem Schutze gegen eine juristisch inkonsequente und in ihren Wirkungen grausame Strenge des Judiciar-Codex, die, wenn man sie gleich nicht vor der totalen Revision des Judiciar Codex ganz ausmerzen kann, wenigstens gegen die Hypothekgläubiger nach den unerläßlichen Forderungen des neuen Hypotheken-Systems unschädlich gemacht werden muß.

Der Judiciarcodex unterscheidet im Kap. XII. §. 5. und 6. Gerichtskündigkeit (nosorictas judicialis) von Gemeinkündigkeit (fama publica) und legt zwar der ersten die Wirkung bey, daß sie die Stelle des Beweises vertritt, fordert aber mit Recht, daß etwas in den Akten des Gerichts bekannt sey, wo die Sache verhandelt wird, in der sie als Beweis gelten soll. Diese Bestimmungen sind theoretisch und praktisch eben so richtig als meisterhaft, und müssen unverändert bleiben. Weil aber das Hypothekenamt bey jedem Gerichte selbstständig verwaltet wird, auch der Fall sehr gewöhnlich ist, daß die Immobilien unter einem andern Gerichte stehen, (bey allen Patrimonialgerichten zweyter Klasse tritt dieses ein, weil sie die kontentiose Jurisdiktion nicht haben, also zwar das Hypothekenbuch führen, aber keinen Concurs formiren können) so muß ein Mittel gegeben werden, wodurch das Hypothekenbuch, seiner Publicität gemäß, auch für das Concursgericht gerichtskundig wird, das noch weiter deswegen nothwendig ist, weil die Hypotheken-Gläubiger als Creditores ad acta noti speziell vorgeladen werden müssen, und dieses vom Concursgerichte nicht geschehen kann, ohne daß es den Auszug aus dem Hypothekenbuche abgefordert und zu den Concursakten lege.

Hieraus erhellet denn die Nothwendigkeit der ersten Bestimmung im §. 121.

Nun erfüllt aber die Legislation ihren hohen Beruf erst dadurch, daß sie sich mit einer losgerissenen Bestimmung nicht begnügt, sondern mit Umsicht die Folgen einer Bestimmung und ihr Eingreifen in das ganze System wohl erwägt, und sich auch hierüber, so weit es nothwendig ist, verbreitet. — Befolgt man diese Maxime, ohne die kein gutes Gesetz zu Stand kommt, so wird man von selbst im vorliegenden Falle zu der Bemerkung geleitet, daß, sobald das Hypothekenbuch für das Concursgericht Notorität hat, auch die Bestimmung des Judiciarcodex Kapit. XII. §. 5. notoria non egent probatione, zur Anwendung kommen muß. So braucht der Gläubiger keinen Beweis für eine eingetragene Forderung, der eingetragene Cessionar keinen Beweis der Cession, der Schuldner keinen Beweis der eingetragenen Zahlung; allemal jedoch, wie das bey jedem Beweise gilt, nur salva reprobatione, und in der Voraussetzung, daß die Beweiskraft der Eintragung nicht durch eine beygefügte Protestation aufgehoben ist.

Wie sehr dadurch das Concurs-Verfahren hinsichtlich der Hypotheken vereinfacht, wie viel an verderblichen Formalitäten, an Zeit und Kosten erspart werde, sey nur nebenher berührt, da es bey jener juristischen Unumstößlichkeit der Bestimmung nur als Nebengrund ihr zur Unterstützung dient.

Doch sind die Hypothekgläubiger vom Erscheinen im Edikts-Tage, also von den Folgen der Präklusion nicht befreyt, sie müssen liquidiren, ob sie gleich zum Beweise bloß das Hypothekenbuch zu allegiren (Cod. jud. Kap. XII. §. 5.) brauchen.

Je mehr aber das Gesetz hiedurch die Sache simplifizirt, und den Gläubigern es möglich macht, auch ohne tiefere Rechts-Kenntniß und ohne Abhängigkeit von Advokaten bey Gericht selbst ihre Forderungen geltend zu machen, desto mehr muß es Sorge tragen, sie von den Gefahren zu befreyen, die ihnen durch eine andere, ohnehin gar nicht zu rechtfertigende, strenge Bestimmung des bayerischen Judiciar-Codex bereitet würde, durch eine Bestimmung, die eigends dazu erdacht scheint, der Rechtsverfolgung im Concurse eine höchst verderbliche juristi-

sche Falle zu legen, es ist die Bestimmung des Judiciar-Coder Kap. XIX. §. 8. über die **Legitimation in Concursen.**

In einer Legislation, die, wie unser Judiciarcoder, bey **allen Prozeßarten** sowenig Strenge im Legitimationspunkte kennt, widerstrebt es der juristischen Consequenz, wenn das **kleinste Versehen im Legitimationspunkte**, das am **ersten** Ediktstage begangen wird, ohne **alle Rettung**, ohne Möglichkeit, dasselbe nach einer im zweyten Ediktstage darüber gemachten Einwendung im dritten Ediktstage zu repariren, den — man wird es kaum glauben — **Verlust der Forderung** nach sich ziehet.

Schon in dem **Entwurfe eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren** Band II. Abth. III. Seite 784 — 789., und in den **Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern** Band II. S. 297. ist die juristische Unhaltbarkeit jener Strenge nicht nur theoretisch, sondern auch durch **mehrere Fälle aus der Erfahrung** nachgewiesen, an welchen sich die zerstörende Grausamkeit jener Strenge laut ausspricht.

Will nun der Gesetzgeber den Hypotheken die Sicherheit, die er ihnen mit der einen Hand gab, nicht wieder mit der andern entziehen, so muß **für die Hypothekgläubiger** in dem Falle, als dem gewöhnlichsten, nachgeholfen werden, wenn eine Hypothek auf den Namen mehrerer Gläubiger ungetheilt eingetragen ist, und nur einer derselben im Namen aller liquidirt, ohne von den übrigen eine Vollmacht beygebracht zu haben.

Zum §. 122.

Der Inhalt dieses Paragraphs ist mehr reglementär, die hier gegebenen Vorschriften sind nothwendig und bekannt, daher auch einer besondern Rechtfertigung nicht bedürfend. Den wichtigsten Aufschluß über solche Formalitäten geben jedoch nur genug vorgezeichnete **Formulare mit Mustereinträgen** die auch der preußischen Hypothekenordnung v. J. 1783. ange-

hängt sind, weßhalb ein eigenes Formular der Hypothekenbücher dem Gesetz-Entwurfe beygelegt ist.

Besondere Aufmerksamkeit mußte dem Formulare gewidmet werden, weil dessen zweckmäßige Anlage auf die Erleichterung in den Einträgen und der Uebersicht wesentlich einwirkt. Das Formulare, welches der preußischen Hypotheken-Ordnung angefügt ist, hat den Fehler, daß sie tabellarisch im Raume darstellt, was in der Zeit vorgehet, also chronologisch dargestellt werden muß; daher ergeben sich oft in einer Columne, z. B. der Cessionen sehr viele Veränderungen, während die andere Columne, z. B. der Löschungen nur eine Position zum Eintrage hat. Es wurde also die chronologische Anordnung vorgezogen, und durch die Hinweisung von jeder Position auf die damit korrespondirende, besonders aber bey den Hypotheken die Uebersicht dadurch erleichtert, daß die Hypotheken durch Beyfügung der fortlaufenden römischen Zahl und durch Stellung der Summen intra latus, während andere Einträge extra latus bleiben, ausgezeichnet sind, Löschungen derselben aber sich durch Unterstreichen sogleich bemerklich machen. Solchergestalt kann man auf den ersten Blick die Zahl der Hypotheken, deren Gesammtbetrag und den Rang jeder Hypothek wissen. Noch keines von allen bekannten Formularen hat in dem Grade allen Forderungen an ein zweckmäßiges Formulare für Hypothekenbücher entsprochen.

Zum §. 123.

Die Spezialität der Hypotheken fordert, daß jedes Immobile, welches selbstständig besessen wird, unter einem eigenen Folium, und mit einer Nummer in das Hypothekenbuch eingetragen werde, worauf denn auch die Inscription der auf jedem solchen selbstständigen unbeweglichen Gute haftenden Hypotheken erfolgt.

Es ist wohl nur Mißverständniß, wenn man glaubt, das Prinzip der Spezialität (Tit. I. §. 11.) bestehe darin, und die Hypothekenordnung wolle, daß jeder Bestandtheil eines Gutes oder jeder Theil eines Komplexes verschiedener Rechte,

Renten, und liegenden Güter, jede Dominikalrente über jeden einzelnen Grundholden, jeder zum Gute gehörige Acker oder Wald, jedes sonst fruchtbringende Realrecht müsse ein eigenes Folium im Hypothekenbuche erhalten, und dann auf jedes Folium jede Hypothek besonders eingetragen werden. Der Mißverstand ist um so auffallender, als eines theils aus dem §. 22. num. 2., §. 133. num. 4. und §. 137. der Hypothekenordnung andern theils aus den Mustereinträgen num. 1. 2. u. 6. klar hervorgehet, daß die Pertinenzstücke oder Bestandtheile eines Guts = Complexes nicht besonders verzeichnet werden sollen. Daß auch Immobilien ein Pertinenzstück eines andern unbeweglichen Gutes seyn können, daß ein Gutscomplex aus mehreren unbeweglichen Gütern verschiedener Art, und fruchtbringenden Realrechten bestehen könne, daß selbst ohne Hoffuß und ohne sonstige Gebundenheit der Güter mehrere Immobilien ex destinatione hominis Pertinentien werden können, ist ohnehin eine aus dem Civilrechte bekannte Sache, und daß sie, wenn sie die Pertinenzeigenschaft an sich tragen, kein besonders Folium erhalten, sondern entweder als Bestandtheile oder als Zugehörungen eines Gutes in dem Ganzen oder in dem Haupt=Theile begriffen sind, daher auf diesen Complex nur einmal die Hypotheken inscribirt werden, versteht sich von selbst.

Ueberhaupt ist die Beschwerde bei der Ausführung der Hypothekenbücher nur eingebildet.

Kann die Regierung, wie schon im Isarkreise geschehen, ein detailirtes Steuerkataster mit geometrischer Vermessung und mit Bonitirung aller Grundstücke zu Stande bringen, kann sie, wie im Rheinkreise, die Steuer=Rollen alle Jahre rektificiren, so läßt sich wohl noch leichter ihre Eintragung in das Hypothekenbuch ausführen. — Die Besorgniß also, daß die Specialität der Hypotheken, die als Princip, dem §. 11. gemäß, nur im Gegensatz der sogenannten General=Hypotheken ausgesprochen ist, würde eine ungeheure Mehrung der Arbeit hervorbringen, ist ganz ungegründet!

Was fruchtbringende Realrechte seyen, wird für den, der die juristische Sprache verstehet, bald einleuchtend. Realrechte im Gegensatz der mit der Person erlöschenden Rechte (§. 3.) und fruchtbringende Realrechte, das sind die zwei unterscheidenden Merkmale. Bau und Felddienstbarkeiten, die zwar nützliche aber nicht fruchtbringende (rentables) Realrechte sind, Patronat-Recht, das zwar ein Realrecht ist, aber keine Rente abwirft, sind dem Begriffe nach ausgeschlossen. Zehenten, Gilten, Dominikal-Renten, Bodenzins, Forstgerechtigkeiten, Jagden, Fischerey-Rechte, reale und zugleich radicirte Gewerbe, wie Bräuereyen und Mühlen, und was sonst Rechte sind, die auf einer unbeweglichen Sache haften, und eine Rente abwerfen, sind darunter begriffen, und durch den §. 2. und 123. so richtig gezeichnet, daß darüber die Juristen und Geschäftsmänner aller Provinzen nicht leicht irren können; wenigstens hat sich über dieselben Ausdrücke in Preußen und allen dazu gehörigen Provinzen seit 1783. kein Anstand ergeben.

Zum §. 114—131.

Diese Paragraphen enthalten solche Vorschriften, die keiner Erläuterung bedürfen.

Zum §. 132 — 138.

Nun folgen die nähern Vorschriften über das Hypotheken-Buch, und dessen drey Rubriken.

Die erste Rubrik ist für die Sache, worauf Hypotheken eingetragen werden können, und für das bestimmt, was sich auf die Sache selbst unmittelbar beziehet. Schon zum Tit. I. §. 22. wurde bemerkt, daß die Hypothekenbücher durchaus keine Grundbücher seyn sollen; dieser Ansicht gemäß findet weder bey der Sache (§. 133.) eine Aufzählung der einzelnen zu jedem Gutskomplexe gehörigen Grundstücke oder Rechte, noch bey den gutsherrlichen Lasten (§. 134.) ein detailirtes Verzeichniß der Art und Größe der gutsherrlichen Prästationen, noch eine Spezification der Bau- und Felddienstbarkeiten im Hypothe-

kenbuche Platz! Für das erste genügt der Satz im Hypotheken-Rechte Tit. I. §. 32., daß jede Hypothek die Sache nebst den Zugehörungen afficiret; was Zugehörung sey, sagt das Civil-Gesetzbuch; für das zweyte genügt die allgemeine Anzeige des Lehen- und Grundbarkeits-Verbandes, zu dessen Erforschung die Hypothekenämter im §. 134. besonders angewiesen, und in deren Hinsicht die Lehen- und Grundherren für Wahrung ihrer Rechte sehr erleichtert wurden. Wem daran liegt, die Größe der Prästationen zu kennen, der mag sich bey der Grundherrschaft erkundigen, die ihm das Hypothekenbuch nennt.

Die Schätzungen erfordern eine besondere Aufmerksamkeit bey jedem Hypothekensysteme, denn sie sind es, wornach der Gläubiger gewöhnlich seine Sicherheit abmißt. Verantwortlich kann man das Hypothekenamt für die Richtigkeit der Schätzung nicht machen, es hat sein Amt erfüllt, wenn es den Werth der Sache nach den gegebenen Normen richtig einträgt.

Die Gesetzgebung muß dabey zwey Rücksichten erwägen; zu geringe Schätzungen und Maßstäbe derselben vermindern die Masse des Realkredits, zu hohe Schätzungen werden den vertrauenden Gläubigern gefährlich, und wirklich sind diese Gefahren groß, da nach bekannter Erfahrung die Schätzungen der Güter, wenn es zum Verkaufe kommt, öfters trügen. Der Güterwerth hängt vom Einfluß der Zeit und Umstände ab. Im Collisionsfalle ist es der Legislation angemessen, den Werth der Sache eher etwas niedrig, als hoch bestimmen zu lassen, und dahin zu trachten, daß der Werth der Sache im Hypothekenbuche auf eine dauerhafte und von Zufällen minder abhängige Weise bestimmt werde.

Von dieser Seite betrachtet, hat es viele Gründe für sich den Werth der Sache in der Regel nach dem Steuer-Kapitale ansetzen zu lassen. Den bleibenden, von Zufällen unabhängigen Werth jeder Sache giebt am zuverläßigsten das Steuer-Kataster an, auch gewähren die neueren Kataster den Vortheil, daß die Reallasten vom Steuerkapital abgezogen sind, die oft bey Schätzungen übersehen werden. Ist auch dieser Werth unter dem laufenden gewöhnlichen Preise ange-

geben, so ist dabey nichts verloren; denn was von der Immobiliarmasse übrig bleibt, gehet der gemeinen Masse zu Guten, und deckt zum Theil den Personal=Kredit, den man im bürgerlichen Leben auch nicht entbehren kann.

Indessen ist zu erwägen, daß die Steuerkataster noch nicht überall hergestellt sind, und die Steuerkapitale oft in einem sehr abstehenden Verhältniß zum gewöhnlichen Preise stehen. Hier muß allerdings gestattet werden, durch andere Mittel, die der §. 135. angiebt, den eigentlichen Werth der Sache herzustellen.

Die Eintragung wegen der Brandassekuranz ist nothwendig, weil davon die Sicherheit der Hypotheken bey Gebäuden abhängt, die Kreditoren dabey (§. 39.) betheiligt sind, und Stiftungs=Kapitalien nur auf assekurirte Gebäude vorgeliehen werden dürfen.

Zu den übrigen Paragraphen ist nichts zu bemerken.

Zum §. 139.

Es ist wirklich sonderbar, daß die preußische Hypotheken=Ordnung onera perpetua (Reallasten) und Einschränkungen des Eigenthums oder der freyen Disposition in eine und dieselbe zweyte Rubrick verwiesen hat, so wesentlich verschieden diese Dinge ihrer Natur und Folgen nach sind. Die Rechts=Theorie trennt das Sachenrecht (jus rerum) vom Obligationen=Recht (jus obligationum) so scharf, daß eine Real=Verbindlichkeit, (wie sich die erwähnte Hypthekenordnung §. 50. ausdrückt, und sogar Fideikommiß=Eigenschaft, Substitutionen, pacta retrovenditionis, protimiseos u. d. Verträge zu den Real=Verbindlichkeiten rechnet) in einer ächten und soliden Rechtstheorie nicht denkbar ist, und in eine Gesetzgebung nicht aufgenommen werden kann, ohne davon praktische Nachtheile zu erfahren.

Es gilt hier keinen Schulstreit, die Legislation stößt oft auf die feinern theoretischen Rechtssätze und Begriffe; diese sind auch im Gebiete der Legislation Wahrheiten, an denen man sich nicht ungestraft versündiget, und bald bringt ein

Gesetz, das sie vernachläßiget, Verwirrung und Nachtheil im Leben hervor.

Das praktische Interesse des Gegenstands und die Gründlichkeit dieses gegen die preußische Hypothekenordnung gemachten Tadels kann man am besten durch die Folgen anschaulich machen.

Onera realia perpetua (Reallasten) brauchte derjenige, dem sie zustehen, im Concurse gar nicht zu liquidiren; auf sie erstreckt sich, was das Jus selbst angehet, die ganze präclusive Kraft der Ediktalladung nicht: wohl aber erstreckt sie sich auf denjenigen, der vermög einer Substitution oder eines pacti de retrovendendo oder legis commissoriae das Recht hätte, eine Sache aus der Concurs-Masse jure separationis zu fordern. Eigentliche Reallasten afficiren die Sache unmittelbar, ohne alle Beziehung auf die Person des Besitzers, und deswegen gilt der Satz, res transit cum suo onere ad quemlibet possessorem, der den Inhaber des Rechts von der Verbindlichkeit befreyt, sein Recht im Concurse zu liquidiren. Man kann vom Lehen- oder Grundherrn, vom Zehentherrn, vom Realservituts-Berechtigten gar nicht fordern, daß er dieses Recht im Concurse anmelde oder liquidire, weil es auf die Person des Besitzers gar keinen Bezug hat. Dieses ist ganz anders bey den Ansprüchen an eine Sache, die, eben deßwegen, weil sie keine Reallast sind, allemal und selbst alsdenn, wenn sie ein Separations-Recht für sich haben, sub poena Praeclusionis bey dem Concursgerichte im Liquidations-Termine angemeldet werden müssen. Es ist also gar keine Spitzfindigkeit, sondern eine sehr praktische Sache, Reallasten im eigentlichen Sinne von andern Belastungen und Beschränkungen des Eigenthümers überall abzusondern, vorzüglich da, wo es davon abhängt, ob ein Recht unter Verlust desselben bey dem Concurse angemeldet werden muß, wenn man auch unter die Separatisten im Concurse gehört, oder ob man zu deren Anmeldung im Concurse gar nicht verbunden ist. — Daraus wird es ferner erklärbar, warum das Separations-Recht einen Theil

der Prioritäts-Ordnung bildet, denn, ohne jenen Grund zu kennen, müßte man glauben, Separationsrecht und Anmelden beym Concurse seyen widersprechende Dinge. —

Auch könnte bey dieser Verwechslung keine richtige Prioritäts Ordnung gehalten werden. Onera realia gehen gewiß den Hypotheken vor; sollen auch die Beschränkungen des dermaligen Eigenthümers ihnen vorgehen, woran man, wenn man einen preußischen Hypothekenschein betrachtet, kaum zweifeln darf, so sehe man die widerrechtlichsten Folgen nur in einem Beyspiel, das statt aller gelten mag! Ein Bauer merkt, daß sein Concurs bald ausbrechen wird; er übergiebt also noch bey guter Zeit seinem Sohne das Gut, und behält sich einen ergiebigen Austrag vor, der nach der preußischen Hypothekenordnung unter die onera realia und sonstige Beschränkungen des Eigenthums vor allen erst in der folgenden Rubrik stehenden Hypotheken eingetragen wird. Wer möchte noch die Nothwendigkeit und Wichtigkeit mißkennen, wahre onera realia zur Sache selbst zu stellen, und von ihnen alle Verhältnisse zu trennen, die nur die Eigenthumsrechte des Besitzers beschränken, deren Sicherstellung also nach der Natur jedes Verhältnisses beurtheilt werden muß.

So oft durchdringen die feineren Nüancen der Rechts-Wissenschaft die Gesetzgebung mit dem wichtigsten Einfluß auf das Leben, und so wenig kann sie der Gesetzgeber entbehren, wenn er sich auch sorgfältig von jeder doktrinellen Einkleidung hüten muß! Nach diesen Betrachtungen wurde die Gränze zwischen Reallasten und Beschränkungen des Eigenthümers, doch mit Vermeidung aller Schulform, bestimmt und eingehalten. Die Sonderung ist im §. 138. dann §. 139. Num. 4. geschehen, beyde Stellen dienen sich also wechselweise zur Vervollständigung und Aufklärung der nothwendigen Grenze.

Die eigentlichen Reallasten kleben der Sache unmittelbar und fortdauernd an, sie müßten also eine Stelle in eben der Rubrik erhalten, welche für die Sache mit allen ihren Eigenschaften und Zugehörungen bestimmt ist; wie

für jeden Besitzer die Pertinenzien den Werth der Sache selbst erhöhen, so vermindern ihn die Reallasten. Was nicht diese Eigenschaft für jeden Besitzer hat, sondern nur den gegenwärtigen Besitzer trifft, gehört also nicht zur ersten, sondern zur zweyten Rubrik, die dem Besitzer, den Besitztitel, folglich auch seinen Lasten und Beschränkungen ausschließend gewidmet ist. Dieser Ansicht zufolge ist der Grundbarkeits-Verband ein reiner Realnexus, eine Real-Last, die bey jeder Veräußerung auf den neuen Besitzer übergehet; eine gemeine fideikommissarische Substitution, der bedungene Rückkauf, die vorbehaltene Nutznießung hat eine ganz andere Natur, eine gültige Veräusserung der Sache kann alle diese konventionellen Beschränkungen des jetzigen Besitzers bey dem neuen Besitzer aufheben, weil sie keine Reallast im eigentlichen Sinne sind, welche mit der Sache bey jedem neuen Besitzer fortdauert; sie gehören also (gleich vielen andern) zu den Rechten, welche die Disposition des Besitzers beschränken, daher zur folgenden Rubrik, wovon im §. 139. num. 4. und §. 140. die Rede ist.

Zum §. 140 — 146.

Dasjenige, was im vorhergehenden §. 139. ausgeführt wurde, hat schon im Voraus die Bestimmungen gerechtfertiget, welche bey der zweyten Rubrik in den §. 55. und 56. vorkommen, und den Anfang der Vorschriften über die zweyte Rubrik, vom Besitzer und Besitztitel machen. Der §. 140. harmonirt mit dem, was zum Tit. I. §. 5. bemerkt wurde, und der darin gemachte Beysatz ist wegen der, bey Guts-Uebergaben unter dem Landvolke frequenten Austrags-Verträge, und bedungenen Hinauszahlungen der Erbtheile an die Geschwistern, nothwendig.

Was die übrigen Paragraphen enthalten, ist nichts als eine Anwendung der bisher gerechtfertigten Normen auf die specielle Rubrik der Veränderungen an der Person des Besitzers, worüber, weil sich dieses sehr oft durch Erbfälle ergiebt, specielle Vorschriften nothwendig sind.

Zum §. 147 — 149.

Die dritte Rubrik hat die Hypotheken selbst sammt allen daran möglichen Veränderungen zum Gegenstand. Zuerst wird ihr Inhalt angegeben. — Bey dem Wohnort des Gläubigers ist eine Sonderbarkeit des französischen Civilrechts zu bemerken, welches befiehlt, daß jeder ausländische Gläubiger sich für die Hypotheken ein Domizil in Frankreich (also ein ideales für ein einzelnes Geschäft) wähle. Solche Dinge passen wohl nicht auf ein Institut, das auch in seiner Ausführung von zwecklosen Formalitäten frey gehalten werden muß.

Die im §. 149. enthaltene Vorschrift ist zwar nichts als eine Folge dessen, was schon im Tit. I. §. 9. stehet, und eine Wiederholung der allgemeinen Vorschrift des Tit. II. §. 114. aber eben bey den Hypotheken so wichtig, daß man diese Wiederholung für nothwendig hielt, damit nicht die Hypothekenämter, vergessend, was an andern Stellen geschrieben steht, leichthin jede nächste beste Forderung, der gar kein Rechtstitel zur Hypothek zukömmt, als Hypothek eintragen, oder vormerken.

Zum §. 150.

Da in manchen Fällen wegen einer Forderung auf mehrere selbstständige, daher unter einem eigenen Folium im Hypothekenbuche stehende Güter Hypotheken eingetragen werden können, (§. 11.) und von dem Verbande dieser Hypotheken wichtige, im §. 68. bestimmte Folgen abhängen, so ist nothwendig, bey jedem Grundstück, wo für dieselbe Forderung eine Hypothek eingetragen ist, die Güter zu bemerken, auf welchen derselben Forderung wegen noch weitere Hypotheken eingetragen wurden.

Zum §. 151 — 155.

Diese Vorschriften gehen folgerecht aus verschiedenen Bestimmungen des Titel I. hervor, und zwar, was den §. 131. belangt, theils aus §. 23. 57. und 67. num. 7., Kraft deren

die Priorität unter den Hypothekgläubigern sich blos nach der Zeit der Eintragung richtet, theils aus dem §. 29., vermöge dessen bey Vormerk n die nachfolgende Berichtigung auf die Zeit der Vormerk zurückwirkt. Die Einschaltung des §. 152. knüpft sich an die gelöschten Hypotheken an, und es ist gewiß zweckmäßiger, nach einmaliger Löschung aller Hypotheken in der Folge eine neue Zahlenordnung anzufangen, als wenn man eine Reihe leerer Zahlen für die erloschenen Forderungen als Nullen ohne Zähler stehen läßt.

Hiemit wurde im §. 153. eine Vorschrift über den besondern Fall verbunden, der bey Gutskäufern oder Uebernahmen nicht selten ist, wo der Uebernehmer, welcher zur Befriedigung anderer dringender Gläubiger, oder zu nothwendigen Reparaturen oder zum Betriebs-Kapitale einen Kredit braucht, sich vorbehält, eine andere Hypothekschuld, mit Vorzug vor dem Kaufschillingsreste zu kontrahiren. Da nach Tit. I. §. 17. kein Gläubiger eine andere Hypothekar-Sicherheit fordern kann, als ihm bedungen ist, da nach Tit. I. §. 60. jeder Hypothek-Gläubiger seinen Vorzug einem Andern abtreten kann, so ist wohl nicht zu zweifeln, daß dieser Fall schon im Tit. I. entschieden, und im Tit. II. nur über die Form des Eintrags dieses besondern Falls eine Vorschrift zu geben ist.

Zu den §en 154 — 156., die sich auf die Bestimmungen des Tit. I. gründen, ist nichts zu bemerken.

Zum §. 156. und 157.

Da die Publicität der Hypothekenbücher auch in Ansehung des Gläubigers viele Wirkungen (Tit. I. §. 25. und 26.) äussert, so müssen auch die an der Person des Gläubigers sich ergebenden Veränderungen eingetragen werden. Diese können nicht bloß durch Ceßionen, sondern frequenter durch Todesfälle entstehen, und nach dieser Verschiedenheit richtet sich auch das dabey zu beobachtende Verfahren, worüber eine Hinweisung auf jene Stellen genügte, in welchen dafür die Vorschriften enthalten sind.

Zum §. 158. und 159.

Andere Geseze, namentlich die preußische Hypothekenordnung §. 228. --- 230., gestatten, Verpfändungen gerichtlich eingetragener Instrumente im Hypothekenbuche vormerken zu lassen. Dabey muß dann das bey Cessionen vorgeschriebene Verfahren eintreten, welches dem Hypothekenamte Arbeit und Schreibereyen verursacht, das Hypothekenbuch mit Nebendingen überfüllt, und die Gesezgebung zwingt, schulgerecht die Differenzen zwischen Verpfändungen und Cessionen sowohl in Bezug auf den Schuldner als auf den Gläubiger und auf den Pfand-Inhaber umständlich zu bestimmen. — Das Hypothekenamt mußte von dieser Last (§. 158.) befreit bleiben, besonders da (§. 159.) die Vormerkung gerichtlicher Arreste zugelassen ist, folglich jeder, wenn er sich für die Verpfändung einer Hypothek sicher stellen will, nur den gerichtlichen Arrest allenfalls mit Bewilligung seines Debitors bewirken darf, um auf eine einfache, aber das Hypothekenamt nicht belästigende, Art seinen Zweck zu erreichen. Für Amts-Kautionen kann dieses öfter zur Anwendung kommen. Daß übrigens das Hypothekenamt keinen Arrest erkennen oder verhängen kann, gehet aus seinem auf unstreitige Rechtssachen beschränkten Wirkungskreise (Tit. II. §. 92.) von selbst hervor.

Zum §. 160.

Die Vorschrift der Notifikation an den Hypothekschuldner hätte zwar, als schon im Tit. II. §. 117. enthalten, übergangen werden können, sie war aber wegen des Nachsazes hinsichtlich der hieraus für ihn entstehenden Verbindlichkeiten nothwendig. Die Wirkung der Notifikation ist, daß er bey Vermeidung nochmaliger Zahlung nichts an den vorigen Gläubiger oder den Arrestaten zahlen darf. Allein dieses auszudrücken, war nicht nothwendig, da es schon in allen Civilgesezen bey der Zahlung ausgesprochen ist.

Zum §. 161. — 169.

Die Löschungen der Hypotheken müßen bey der dritten Rubrick abgehandelt werden, obgleich für die Löschung der übri-

gen Einträge überhaupt noch allgemeine Vorschriften nachfolgen.

Alle Löschungs = Gründe durchzugehen, und bey jedem die Vorbedingungen der Löschung anzugeben, ist nicht nothwendig. Diese ergeben sich aus dem, was über dieselben im Tit. I. §. 64. sq. bestimmt ist; das Verfahren aber größtentheils aus den Vorschriften des zweyten Titels. Nur einige mußten wegen ihrer Eigenheiten entweder in Hinsicht des Beweises oder in Hinsicht des Verfahrens, besonders aufgeführt werden. Die hier nachfolgenden Bestimmungen §. 77—84. sind, wie man bey einigem Nachdenken selbst finden wird, genau nach den Eigenthümlichkeiten eines jeden Erlöschungs = Grundes abgemeßen.

Zum §. 170.

Besonders wichtig ist die Frage, ob nicht zu dem Eintrag von Cessionen, von Veränderungen des Gläubigers, von Löschungen der Hypotheken, besonders durch Zahlung der Schuld, die Produktion der Original-Dokumente bey dem Hypothekenamte absolut gefordert werden sollte, damit dasselbe auf die Urkunden selbst die Cession oder Zahlung bemerke. Allerdings wird dadurch vielen Mißbräuchen vorgebeugt, welche mit Scheincessionen, mit Cessionen abgezahlter Kapitalien, von denen die Schuldbriefe zurückbehalten wurden u. d. getrieben werden können. Wirklich ist dieses auch in der österreichischen und in der preußischen Hypothekenordnung vorgeschrieben, und eben die Autorität dieser zwey Gesetzbücher fordert die genaueste Betrachtung des Gegenstandes von allen Seiten, und reife Erwägung aller darauf einwirkenden Verhältniße. Es spricht beym ersten Blicke so sehr an, wenn das Gesetz auch die Cautelar Jurisprudenz in sich faßt, wenn es zur Nothwendigkeit macht, was ohnehin Klugheit anrathet, und wenn es Mißbräuchen vorbeugt. — Allein sorgsame und reife Abwägung aller Gründe führt zu der Ueberzeugung, daß jene Vorschriften, so ferne sie das Räthliche zum Nothwendigen, Cauteln zu Bedingungen er-

heben wollen, weder mit der allgemeinen Civilrechts-Theorie, noch mit dem Geiste des auf öffentliche Bücher gebauten Hypotheken-Instituts harmoniren; wie denn wirklich die preußische Hypotheken Ordnung dadurch mit sich selbst in einen Widerspruch verfallen ist, was nachher bewiesen werden soll.

Daß Jeder seinen Gläubiger gültig zahlen kann, wenn er auch von diesem den Schuldbrief nicht zurück erhält, ist eine allbekannte Wahrheit. Das Civilrecht giebt sogar eine Klage auf Zurückforderung des Schulddokuments nach getilgter Schuld. Cedirt der vorige Gläubiger das Dokument über die bezahlte Schuld an einen dritten, so kann der Schuldner, wo keine öffentliche Bücher bestehen, dem Cessionar alle Einreden, wie dem Cedenten, also auch die Einrede der Zahlung entgegensetzen, und mit Recht, denn der Cessionar hätte, eben wegen des Mangels an jenen öffentlichen Büchern, vorher den Schuldner fragen können, und daß er diese Sorgfalt unterließ, dafür muß er den Schaden tragen, der Debitor cessus wird wohl nicht das Versehen eines Dritten büßen. So räsonirten die Römer, die Meister der juristisch logischen Kunst — Kann wohl das Gesetz, will es gerecht und konsequent seyn, für Hypotheken Etwas anders bestimmen? — Kann es aussprechen, keine Cession, keine Zahlung sey wirksam, ohne daß auf das Original-Dokument die Cession oder Zahlung eingeschrieben ist? Gewiß nicht! die Publicität der Hypothekenbücher führt zwar nothwendig dahin, daß jeder, welcher die Einschreibung in diese Bücher oder ihre Einsicht verabsäumt, die schädlichen Folgen seiner Nachläßigkeit tragen muß, aber im ganzen Hypotheken-Institut liegt kein Grund, alle Zahlungen und Cessionen, wenn sie nicht auf dem Dokument selbst bemerkt werden, für unwirksam und jene Ausschreibung für das einzig gültige Beweismittel zu erklären.

Sogar gegen den Geist dieses Instituts würde dieses verstoßen. Die Hypothekenbücher allein sind das Medium, in dem sich alles bewegt, was mit den Hypotheken im Zusammenhange steht. Von den Eintragen, die sich darin befinden oder nicht, muß alles und allein abhängen,

was auf die Sicherheit der Hypotheken und der damit verbundenen Handlungen sich beziehet Jedes Andere, was man hinzuthun will, zerstört den Geist des Instituts, und die Einfachheit des Systems. Hat der Schuldner bezahlt, aber die Zahlung in das Hypothekenbuch nicht eintragen lassen, so geschieht ihm Recht, wenn er den nachher eingetragenen Cessionar noch einmal salvo regressu zahlen muß, warum hat er die Inscription in das Hypotheken-Buch verabsäumt! — Hat der Cessionar sich eine Forderung cediren lassen, von der schon die gänzliche oder partielle Löschung ins Hypothekenbuch eingetragen ist, so geschieht ihm Recht, wenn er von dem Schuldner nicht mehr fordern kann, als noch im Hypothekenbuche stehet: warum hat er die Einsicht des Hypothekenbuchs versäumt! — Dieses drückt die Wesenheit des Hypothekensystems aus, dessen Seele das Hypothekenbuch ist, ausser welchem nichts anderes einen wesentlichen Einfluß in das Institut haben darf; — Darauf verweiset das Gesetz allgemein Jeden, der sich über seine Rechtsgeschäfte unterrichten will; was außer demselben unter Privaten vorgieng, hat nur unter ihnen, nicht aber contra tertium Wirkung, dieses ist der Geist und das Wesen der Publicität, wie zum Tit. I §. 25. und 26. gezeigt wurde, und hiermit ist es ganz unverträglich, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte noch von andern Dingen abhängig zu machen.

Wollte man nur nach Produktion des Originalschuldbriefes die Löschung vornehmen lassen, so müßte man aussprechen, wie die preußische Hypothekenordnung §. 242. wirklich thut:

„Wenn also ein Schuldner Zahlung leisten, und sich ge„gen dergleichen Dispositionen völlig in Sicherheit setzen „will, so muß er sich a.) nebst der auszustellenden „Quittung zugleich b) das ingroßirte Dokument „extradiren, und c.) solches demnächst in dem Hypo„thekenbuche löschen lassen.“

Unwillkürlich dringt sich beym ersten Anblick die Frage auf, „Wie kommen die mit a. und b. bezeichneten Erfordernisse

ins Hypothekensystem? Löschung im Buche stellt die Sicherheit ganz und allein her, auf alles Andere kann und darf es nicht ankommen.

Der Verstoß in der Conclusion, den die preußische Hypothekenordnung im §. 242. begehet, wo sie nur einen Schluß aus dem vorhergehenden §. 241. ziehet, leuchtet bald ein, wenn man jenen §. 241. liest. Er sagt:

„Der Inhaber eines ingroßirten Instruments ist, so lange die Post in dem Hypothekenbuche auf seinen Namen eingetragen ist, zu allen damit vorzunehmenden Dispositionen legitimirt."

(Gewiß eine planmäßige Zweydeutigkeit der Redaktion die nicht sagen wollte, befugt, dieses auch nicht wohl sagen konnte, eine Zweydeutigkeit, die nach der gewählten Ordnung und Zusammenstellung nicht vermieden werden konnte.)

Will man nun aus dem §. 241. die Folgen a contrario bestimmen, so gehet daraus nach logischen Regeln folgerecht nicht mehr und nicht weniger hervor, als der Satz:

Der Inhaber des Instruments ist zu einer Disposition nicht legitimirt, wenn entweder

a.) die Post selbst im Hypothekenbuche gelöscht oder

b.) nicht mehr auf seinen Namen im Hypothekenbuch eingetragen ist

und schließt man weiter streng logisch fort, um die Frage zu beantworten, was der Betheiligte thun muß, um solchen nachtheiligen Dispositionen zu begegnen, so kann die Antwort in logischer Consequenz keine andere seyn, als

der Betheiligte muß im Hypothekenbuche löschen lassen, und zwar nach Umständen entweder

a.) die Post selbst, d. h. die Forderung und Hypothek, wenn sich der Schuldner sicher stellen will, oder

b.) den Namen des Gläubigers, — wenn sich der Cessionar sicher stellen will.

Alles Andere, namentlich das, was der §. 242. der preussischen Hypothekenordnung noch außerdem anordnet, und durch a. und b. ausgezeichnet wurde, liegt ausser dem Wesen und Geiste des Hypotheken-Instituts, und ist ein Verstoß gegen die logischen Regeln, die auch der Gesetzgebung heilig seyn müssen, wenn ihre Gesetze richtig nnd daher praktisch seyn sollen.

Ueberhaupt ist nichts gefährlicher in der Legislation, als wenn man in guter Absicht, Ordnung und Sicherheit zu befördern, sich hinreißen läßt, das zur Wesenheit (Essentia) zu machen, was seiner Natur nach nur nützlich oder räthlich (consilii) ist.

Dieses ist die Klippe der Legislation, das Streben nach dem unerreichbaren Beßern, und nach dem Ebnen aller Berge! Daraus entstehen die vielfachen Complicationen, und fängt man einmal damit an, so siehet man kein Ende. — Davon liefert selbst über den in Frage stehenden Punkt die preußische Hypothekenordnung den klaren Beweis, indem sie über die Frage, wie es denn mit Cessionen zu halten sey, um Sicherheit herzustellen, nicht weniger als sieben und zwanzig Paragraphen braucht, (§. 200—227.) und doch noch für die Löschung der Hypotheken wegen Tilgung der Schuld eine gleiche Anzahl von Paragraphen (§. 243—283) nothwendig hat.

Dahin führt es, wenn man vermeinter Nützlichkeit wegen sich aus der geraden Linie zum Ziele in der Legislation verliert. Es würde gesetzlich ausgesprochen werden müssen,

„das Hypothekenbuch und dessen Einträge wirkten gegen den „dritten Besitzer nur in so weit, als sie mit den über „das Rechtsgeschäft unter den Privaten errichteten Ur„kunden übereinstimmen, — also werde

a.) der Debitor durch die Zahlung ohne Eintrag in das Hypothekenbuch auch contra tertium liberirt, wenn er die Quittung auf das Originalinstrument schreiben ließ, und

b.) der Cessionar erlange auch ohne Eintrag in das Hypothekenbuch gegen Jeden alle Rechte, sobald er

die Cession auf das Instrument selbst setzen ließ; denn, was das Gesetz copulative fordert, wirkt im Gegensatz alternative. Sagt z. B. das Gesetz, zur Gültigkeit eines Kontrakts gehöre (copulative) daß er schriftlich und vor zwey Zeugen errichtet würde, so ist im Gegensatz der Kontrakt ungültig, wenn er (alternative) entweder nicht schriftlich oder nicht vor zwey Zeugen geschlossen wurde. — Eben so würde in der angegebenen Voraussetzung der Debitor auch contra tertium liberirt, wenn er die Zahlung entweder ins Hypothekenbuch eintragen, oder auf das Instrument selbst schreiben ließ, und durch diese Alternative würde das Gesetz selbst das Prinzip der Publicität der Hypothekenbücher umwerfen, worauf das Hypotheken-Institut unerschütterlich ruhen muß.

Zur Nothwendigkeit und Bedingung konnte also die Vorlage des Original-Instruments weder bey Cessionen noch bey Löschungen gemacht werden; damit war es aber wohl vereinbar, Partheyen und Hypothekenamt an das, was räthlich ist, und der Betheiligte aus Vorsicht thun soll, zu erinnern, und in diesem Geiste ist der §. 170. abgefaßt.

Zum §. 171. und 172.

Wegen anderer Löschungen, die bey andern Einträgen aller Art, außer den Hypotheken vorkommen können, z. B. bey Beschränkungen des Eigenthums, bey Protestationen gegen den Besitztitel, bey vorgemerkten Arresten u. d. gl. waren einige Bestimmungen nothwendig, die nicht anders als allgemein und beziehungsweise gefaßt werden konnten.

Zum §. 173. — 178.

Den Beschluß der ganzen Hypothekenordnung machen die Rekognitions-Scheine und Hypotheken-Briefe. Ueber Rekognitions-Scheine ist wenig zu sagen. Sie können so verschieden seyn, als mannigfaltig ihr Gegenstand Besitztitel, Reallasten, Protestationen, Vormerkungen, Arreste u. d. und es wäre vergebliche Arbeit gewesen, hierüber For-

meln anzugeben, oder sich in ein Detail zu verlieren. Die Vorschriften des §. 90. und 91. erschöpfen das Ganze, soviel es allgemein durch ein Gesetz geschehen kann, die Gerichte werden wohl wissen, wie sie ein Certificat ausstellen sollen, und man mußte sich hier auf die Eigenthümlichkeiten des Hypotheken-Instituts beschränken. Besonders wird die Vorschrift des §. 91. die Sache und das Schreiben erleichtern.

Wichtiger sind die Hypothekenbriefe, und es ist keine kleine Aufgabe, nichts Wesentliches zu übergehen, und doch diese Briefe von überflüßigen Dingen frey zu lassen. Mit dem Ueberladen könnte man gleich fertig werden, das Formular, wie es der preußischen Hypotheken-Ordnung v. J. 1783. Seite 121. angehängt ist, ist das Maximum, was man in diesem Punkte leisten kann. Aber der blosse Ueberblick zeigt, wie viel Ueberflüßiges und Entbehrliches darin stehet, wie sehr dadurch die Schreibereyen der Hypothekenämter vermehrt werden, und wie wenig ein solches Schreibwesen in das Leben paßt, wenn man sich einen regsamen Verkehr, die nothwendigen gesetzlichen Hypothektitel und die Menge von Hypothekbriefen denkt, welche das Institut, sobald es ins Leben tritt, herbeyführen muß.

Zugegeben, daß der Gläubiger aus seinem Hypothekenbriefe wissen muß, welche Sicherheit er habe, was frommt ihm denn dazu der Besitztitel, wozu braucht er alle onera realia, alle Namen und Rechtstitel der ihm vorgehenden Hypotheken, alles das haarklein zu wissen? Der Fehler dieser überladenen preußischen Hypothekenbriefe kommt blos von dem irrigen Begriffe her, der davon im §. 301. angegeben wird, indem sie als beglaubte Abschriften von den ein gewisses Grundstück betreffenden Foliis des Hypothekenbuchs aufgefaßt sind. Nach diesem Begriffe hätte man gar nicht von besondern Hypotheken-Scheinen sprechen sollen, und die 15. Paragraphen, die hierüber in der preußischen Hypothekenordnung stehen, hätten sich in den einzigen Satz vereinigen lassen, der Gläubiger kann nach geschehener Eintragung seiner

Hypothek eine beglaubte Abschrift der dieses Grundstück betreffenden Folien des Hypothekenbuchs fordern.

Eben aus dem Grunde aber, weil ohnehin jeder Gläubiger, wenn er will, eine Abschrift aus dem Hypotheken-Buche haben kann (§. 119.) und weil Natur der Sache mit dem Sprachgebrauch Briefe über Rechtsgeschäfte von Abschriften öffentlicher Bücher unterscheidet, konnte man jenen Begriff so wenig als das daraus abgeleitete weitschweifige Formulare für richtig und zweckmäßig erkennen; man hat sich vielmehr, wie es auch in der österreichischen Grundbuchs-Ordnung für das Land ob der Ens vom 3ten Nov. 1792. §. 24. für die daselbst unter dem Namen grundobrigkeitlicher Satzbriefe vorkommenden Hypotheken-Briefe geschehen, im §. 176. auf das beschränkt, was wesentlich ist, um aus dem Hypothekenbriefe zu erkennen, a.) wofür, b.) worauf, und c.) mit welcher Sicherheit die Hypothek eingetragen worden sey. Die nachfolgenden zwey §en 177. und 178. finden in sich selbst ihre Rechtfertigung.

Motive zu der Verordnung über die Einführung der neuen Hypotheken-Ordnung.

Zum §. 1.

I. Allgemeine Grundsätze.

Bei einem neuen Gesetze ist die Frage, wie es in das Leben eingeführt, wie es in die bestehenden Institute eingefügt, wie bald oder spät es in seine ganze Wirksamkeit gesetzt werden soll, von höchstem Belange, und ihre Auflösung oft schwieriger, als der Entwurf des Gesetzes selbst.

Es bedarf einer großen Umsicht, damit der Uebergang von dem bisherigen Zustande in den künftigen, wenn gleich besseren, allmählig, mit möglichster Schonung aller bestehenden Institute, mit Erhaltung aller wohlerworbenen Rechte und mit Berücksichtigung aller andern Verhältnisse geschehe.

Mit einer übereilten Einführung eines neuen Hypotheken-Instituts könnte der Kredit vieler Menschen unheilbar verwundet, und von den Gerichten, welche es ausführen sollen, Etwas verlangt werden, was sie zu leisten leicht vermögen. Niemand wird es für möglich halten, daß die Hypothekenbücher, so einfach auch ihre Struktur ist, im ganzen Königreiche innerhalb Jahresfrist vollendet werden.

Mit einer allzuweiten Hinausrückung des Zeitpunktes seiner Wirksamkeit würde der Zweck des neuen Instituts verfehlt;

gewiß will der allerhöchste Gesetzgeber, daß ein Gesetz, dessen Nothwendigkeit oder Nützlichkeit Er durch seine Sanktion anerkennt, sobald wirksam werde, als es seyn kann. Auch lehrt es die Erfahrung, daß, wenn man den Menschen zu dem, was in drei Jahren geschehen kann, fünf Jahre Zeit giebt, die Sache darum eher schlimmer als besser wird. In der Aussicht auf den langen Zeitraum verstreichen die ersten Jahre unbenützt, und der Andrang folgt doch in den letzten Jahren; bei einer schläfrigen Behandlung wird die Sache nachlässig betrieben, und die Achtung für das Gesetz und dessen neue Schöpfung geschwächt.

Die Mittelstrasse führt auch in diesem Punkte am richtigsten zum Ziele, und um diese zu finden, muß man den Bedacht nehmen, daß

1.) das neue Gesetz, soweit es ohne Uebereilung der Schuldner und Gläubiger und ohne Ueberladung der Gerichte mit Arbeiten geschehen kann, baldmöglichst Wirksamkeit gesetzt,

2.) kein nach den bisherigen Gesetzen wohlerworbenes Recht verletzt, dabei auch

3.) in der Ausführung selbst die Arbeit der Gerichte und die Verhandlung der Betheiligten so viel möglich vereinfacht und erleichtert werde.

§. 2.

II. Wann und wie das neue Hypothekengesetz in Wirksamkeit treten solle und könne?

Besondere Erwägung fordert die Frage, wann und wie man das neue Hypothekenrecht einführen könne, und solle. Es bedarf wohl keiner Aufzählung der großen Nachtheile, welche auf der einen Seite eine Uebereilung der Schuldner und Gläubiger so wie auf der andern Seite eine schwankende oder zu weit entfernte Wirksamkeit des neuen Gesetzes hervorbrächte.

Alles kommt hiebei auf die Vorfrage an, ob das Gesetz einen Termin, von welchem an das neue Hypothekenrecht in Wirksamkeit tritt, bestimmen, folglich auch einen Termin zur

Anmeldung der ältern Hypotheken unter Verlust ihrer Priorität ansetzen, oder ob es ohne irgend einen Termin zwar als Gesetz sogleich eingeführt, seine Anwendung und Wirksamkeit aber nur bey denjenigen eintreten soll, welche sich demselben freiwillig unterworfen haben.

Manche befürchten von dem neuen Hypothekenrecht ein schnelles Andrängen der Gläubiger und hierdurch eine Vermehrung der Concurse, und glauben, diesen Folgen könnte dadurch vorgebeugt werden, daß man bei Einführung des neuen Hypothekenrechts allen direkten oder indirekten Zwang zur Anmeldung der Hypotheken vermeidet, und es jedem Gläubiger frei stellet, die Eintragung seiner Hypothek zu verlangen, wann es ihm beliebt, oder dem Schuldner überläßt, die Ediktalladung seiner Gläubiger zu dem Ende zu verlangen, daß sein Hypothekenwesen geordnet werde. Auf diesem Wege glaubt man, könnte das neue Hypothekensystem mit aller Schonung, ohne Uebereilung der Schuldner und Gläubiger eingeführt werden.

Allein man hat sich durch vielseitige Betrachtung dieses Weges und durch reife Erwägung aller seiner Folgen überzeugt, daß er ganz unanwendbar sey, und das Gegentheil von dem, was er bezielt, herbeiführen würde. Die nachfolgenden Gründe werden dieses vollständig beweisen.

§. 3.

1.) Jedes Gesetz muß, wenn es auch nicht gleich in Wirksamkeit treten soll, einen Zeitpunkt bestimmen, von welchem seine verbindliche Kraft anfängt. Man setze den Termin auf Jahre hinaus, wenn man von einem kürzern Termine Schaden befürchtet; aber ein Gesetz, das gar keinen Anfang seiner verbindlichen Kraft in sich hat, hört auf ein Gesetz zu seyn.

2.) Läßt man die Kraft des Gesetzes abhängen von dem Zufalle, wie bei einem oder dem andern Grundstück zum Eintrag einer Hypothek die Veranlassung, es sey vom Schuldner oder von einem Gläubiger, gegeben wird, so entstehet eine gemeinschädliche Ungewißheit des Rechts. Der eine lebt nach

dem neuen Hypothekenrechte, der Andere nach dem alten, bei dem Einen fängt die Wirksamkeit des Gesetzes in diesem Jahre, bei dem Andern im folgenden Jahre, bei dem dritten in fünf, bei dem vierten in zehn Jahren u. s. w. an. Das ganze Gesetz, das seinem Begriffe nach generell seyn muß, würde dadurch individualisirt, und aller Verkehr und Kredit gestört, weil man erst bei jedem Individuum recherchiren müßte, nach welchem Rechte es lebt, und in welchem Jahre es sich dem neuen Rechte unterworfen habe.

3.) Unsere bisherigen Gesetze kennen die gesetzlichen Hypotheken, wie könnte damit die Ungewißheit bestehen über den Zeitpunkt, wann das neue Gesetz in Wirksamkeit tritt?

4.) Daß es überhaupt nicht vom Schuldner allein abhängen könne, wie bald oder spät er sich dem Hypotheken-Rechte unterwerfen wolle, ist von selbst einleuchtend; denn das Hypothekenrecht ist zur Sicherheit des Gläubigers, und erst hierdurch zur Beförderung des Kredits für den Schuldner vorhanden, und mit diesem Zwecke stünde es im offenbaren Widerspruche, wenn die Kraft des Gesetzes von der Willkühr des Schuldners abhängig wäre. Es müßte also jedem Gläubiger frei stehen, die Eintragung einer Hypothek sobald zu verlangen, als es ihm beliebt. Diese Freistellung allein würde, wie man nach bekannter Erfahrung und Menschenkenntniß voraussehen kann, in den meisten Fällen wenigstens einen oder den andern für seine Sicherheit wachsamen Gläubiger zur Anmeldung um Inscription veranlassen, und, da jeder Gläubiger besorgen müßte, der andere könne ihm den Rang ablaufen, bald mehrere und hiernach alle Gläubiger bestimmen, nicht lange nach Promulgation des neuen Hypothekengesetzes sich um die Inscription ihrer Hypothekforderung zu melden. Schon hierdurch allein würde also das Gesetz ein eilendes Zuströmen und Andringen der Gläubiger veranlassen, und die Freistellung, als Mittel, dieses Andringen zu entfernen, würde die gerade entgegengesetzte Folge hervorbringen.

5.) Forscht man weiter nach, was in dem Systeme der Freistellung ohne gesezlichen Termin geschehen müßte, wenn sich

ein Gläubiger um Inscription der Hypothek gemeldet hat, oder wenn der Schuldner eine neue Hypothek eintragen lassen will, so wären nur zwei Maasregeln denkbar: Entweder 1) man läßt eine Hypothek um die andere, wie sie angemeldet wird, eintragen, und es vom Willen der Gläubiger abhängen, wenn sich jeder melden wolle — oder 2) man verordnet, daß auf Anmelden eines Gläubigers, oder auf Verlangen des Schuldners alle diejenigen, welche dabei betheiliget sind, edictaliter unter Verlust ihrer sonstigen Priorität vorgeladen werden.

Im ersten Falle gewährten die Hypothekenbücher noch in zwanzig bis dreißig Jahren keine Sicherheit, weil Niemand durch den Eintrag gesichert wäre, ob nicht eine ältere oder mit einem Vorzugsrechte begabte Hypothek noch zum Vorschein kommt: und wer möchte bei drei Millionen Menschen dafür stehen, daß nicht durch Rückdatiren das ganze Hypothekenrecht mit allen Einträgen in die öffentlichen Bücher oft vereitelt werde? Es müßte also mit der Freistellung der Zusatz verbunden werden, daß, wenn entweder der Schuldner eine neue Hypothek-Schuld kontrahiren will, oder ein Gläubiger für eine neue oder ältere Forderung die Inscription verlangt, alle Gläubiger, welche darauf eine Hypothek zu suchen haben, edictaliter vorzuladen seyen.

In diesem zweiten Falle nun entstehet — abgesehen vom Nachtheile des schon unter Num. 4. bemerkten Andranges — die Folge, daß, wenn man die Bevölkerung der sieben alten Kreise auf 3 Millionen Menschen, hievon fünf auf eine Familie, und nur den vierten Theil der Familien als Besitzer von Immobiliar-Vermögen anschlägt, in einem Zeitraum von einigen Jahren Einmalhundert fünfzigtausend Ediktal-Prozesse, und da jede Ediktalladung dreimal in die Zeitungen einzurücken ist, Viermalhundertfünfzig tausend Ediktalladungen erfolgen müßten. Nimmt man die Hälfte der Familien als Besitzer von Immobiliarvermögen an, so entstünden dreimalhundert tausend Ediktal-Prozesse mit neunmalhunderttausend Ediktalladungen. — Diese Folge allein wird hinreichen, die Unan-

wendbarkeit der Freistellung zu beweisen, und es wird keiner Aufzählung der weiteren Folgen bedürfen, die aus jenen zahlreichen Ediktalladungen entstünden.

§. 4.

Billig ziehet man über Gegenstände, welche in das Leben eingreifen, die Erfahrung jener Staaten in Betrachtung, wo gleiche Einrichtungen getroffen wurden, und dasjenige, was auf dem Wege der Spekulation gefunden oder als eine im voraus berechnete Folge dargestellt wurde, wird erst durch eine aus dem wirklichen Leben entnommene Erfahrung zur Gewißheit erhoben.

Oesterreich und Preußen, eben jene beiden Staaten, in welchen ein richtiges auf Publicität und Spezialität gebautes Hypothekensystem seit so vielen Jahren seine ersprießlichen Wirkungen gezeigt hat, verdienen hierüber vorzüglich berücksichtiget zu werden.

Oesterreich hat in allen seinen Provinzen, in welchen es seit 1758. (dem ersten Landtafelpatent für Nieder-Oesterreich vid. v. Zeillers Commentar über das österreichische Civilgesezbuch Band II Abth. 1. S. 54.) ein gleiches Hypothekensystem einführte, neuerlich unter dem Kaiser Franz I. bei der Einführung im Königreich Böhmen und der Markgrafschaft Mähren im Patente vom 22ten April 1794. gerade so, wie es Leopold II. für das Land Oesterreich ob der Ens im Patente vom 2ten Nov. 1792. gethan hat, ein Jahr bestimmt, innerhalb dessen alle schon vorhandenen sowohl stillschweigenden (gesezlichen) als ausdrücklichen (conventionellen) Hypothekforderungen, um ihre vorige Prioritat zu erhalten, zum Eintrag in die Landtafel oder das Grundbuch angemeldet werden mußten.

Preußen hat bei Einführung der Hypothekenordnung in seine damals fränkischen Fürstenthümer Ansbach und Baireuth durch das Patent vom 19ten May 1800 (Edikt-Sammlung B. X. S. 2939.) ebenfalls den Zeitpunkt, von welchem an ihre Wirksamkeit und verbindliche Kraft eintreten sollte, auf ein Jahr festgesezt.

Die Beispiele dieser beiden Staaten, welche in Beziehung der Verfassung, der Verschiedenheit der Stände, des Ackerbaues, der Gewerbe und des Handels von den Verhältnissen des Königreichs Baiern nicht wesentlich verschieden sind, sprechen daher für die Bestimmung eines gesezlichen Termins und leisten für dessen Zweckmäßigkeit und Ausführbarkeit volle Gewährschaft.

§. 5.

Die Besorgniß, ein gesetzlicher Termin könnte die Concurse vermehren, wird also

1) durch die Erfahrung, die große Lehrmeisterin und Garantin im legislativen Fache, nach den Vorgängen in Preußen und Oesterreich gehoben. Wie könnte auch eine Institution, welche den Kredit befestiget, die Concurse vermehren?

Den sprechendsten Beweis, wie wenig jene Besorgniß gegründet sey, liefert Schlesien, das, erschöpft von den Drangsalen zerstörender Kriege sich nur auf den Grund eines solchen Hypothekensystemes zu einem grossen Wohlstand erhob, und dessen durch eben jene Kriege ganz herabgekommene adeliche Gutsbesitzer nur in einem auf jenes Hypothekensystem basirten, öffentlichen Kreditsysteme ihre Rettung fanden, und noch bis auf den heutigen Tag den Grund ihrer Erhaltung finden.

2) Daß einige überschuldete Menschen, die bisher ihren Kredit durch Schwindeln und Schwänke zu fristen suchten, früher entlarvt werden, ist wohl nicht zu läugnen, aber gewiß dem neuen Hypothekensysteme eher zum Verdienste als zum Fehler anzurechnen. Besser, sie werden früher entlarvt, ehe sie noch mehrere Mitbürger in ihr Verderben hineingezogen und um ihr Vermögen gebracht haben. Manche Banqueroute, bei welchen arme Dienstboten, Wittwen und Waisen und andere gute Menschen durch imaginären Kredit und Scheinheiligkeit des Schuldners und im Vertrauen auf bodenlose General- und geheime Hypotheken um ihr Vermögen schändlich betrogen wurden, mögen dafür als Belege gelten. Für solche Menschen ist nicht Schade, und sie verdienen nicht, daß ihrentwegen diejenigen, welche des Kredits bedürfen, und Realsicher-

heit leisten können, aus Mangel an einer darnach bemessenen Institution kreditlos bleiben sollen, vielmehr muß es als eine Wohlthat erscheinen, wenn ein richtiges Hypothekensystem die Spreue vom edlen gediegenen Korn ausscheidet.

3.) Kennt und erwägt man die Folgen genau, so gelangt man bald zur Ueberzeugung, daß eben das Hypothekensystem für jenen, der noch zu retten ist, das einzige Rettungs-Mittel sey. Denke man sich einen Schuldner jezt, ohne Hypothekensystem, wo nimmt er Kredit her? Von Stiftungen und Vormundschaften kann er, wenn er siegelmäßig oder wechselfähig ist, den bestehenden Verordnungen zufolge kein Anlehen erhalten; die Privaten können ihm auch nicht trauen, denn die bestehenden Verordnungen haben ihn für kreditlos erklärt. Was bleibt ihm also übrig? Nichts, als daß er (wie man im gemeinen Leben mit andern Worten sagt) um eine Lücke zu decken, eine größere macht, aus der Hand eines Wucherers in die Klauen des andern fällt, und am Ende, wenn er sich mit Wucherkredit oder Wechselstreiten einige Jahre elend durchgeschleppt hat, überschuldet in Concurs gerathet.

Denkt man sich ihn aber in einem Hypothekensysteme, so kann er für ein Geldanlehen Sicherheit leisten, mit baarem Gelde durch gut eingeleitete Nachlaßverträge unter vortheilhaften Bedingungen von dringenden oder drückenden Schulden sich befreien, und durch einen zweckmäßigen Tilgungsplan seinen gesunkenen Wohlstand wieder aufrichten. Wer nicht durch dieses Mittel zu retten ist, der ist auch ohne Hypothekensystem verloren, und es liegt sehr nahe vor Augen, daß ein richtiges Hypothekensystem für jenen, bei dem noch Hilfe möglich ist, das einzige Rettungsmittel sey, folglich für dessen frühere Wirksamkeit eben jene Gründe entscheiden, welche man fürs Gegentheil anführt.

§ 6.

Nach diesen Rücksichten bleibt wohl kein anderes Mittel übrig, damit auf dem einfachsten und zuverläßigsten Wege mit den geringsten Kosten, mit Vermeidung alles, aus den neunmalhunderttausend Ediktalladungen entstehenden Auf-

sehens, ohne Schuldner oder Gläubiger zu übereilen, und ohne die Gerichte mit überhäufter Arbeit zu beladen, das für nothwendig allgemein anerkannte Hypothekenrecht eingeführt werde, als daß

1.) ein gesetzlicher Termin bestimmt werde, von welchem an das neue Hypothekenrecht in Wirksamkeit tritt, innerhalb dessen also

2.) alle schon vorhandenen Hypothekar-Forderungen zum Eintrag angemeldet werden müssen, um ihre den bisherigen Gesetzen gemäße Priorität zu erhalten, dergestalt, daß

3.) die nicht angemeldeten Forderungen zwar ihr Recht auf Erwerbung einer Hypothek behalten, aber

4.) ihr Vorzug nicht mehr nach den bisherigen Gesetzen, sondern bloß nach der Ordnung ihrer nachherigen Inscription in das Hypothekenbuch bemessen wird.

Auf die Bestimmung dieses gesetzlichen Termins hat Convenienz und Rücksicht auf den individuellen Wohlstand eines Volkes unstreitig einen Einfluß.

Aber eben deßwegen verdient es besondere Erwägung, daß, wenn man jenen Termin zu weit hinausrückt, der Verkehr hinsichtlich der Immobilien bedeutend gestört, und der Kredit vermindert würde, weil während jenes Zeitraums

a. die bekannte Wirkung der Hypothekar-Klage adversus tertium possessorem für alle bisherige Hypotheken bleibt; folglich vor Ablauf jenes gesetzlichen Termines Niemand mit Sicherheit ein unbewegliches Gut an sich bringen kann;

b. weil während jenes Zeitraums auch für die neuen Hypotheken keine Sicherheit ist, ob nicht ältere ihnen vorgehende Hypotheken vorkommen, folglich auf so lange Zeit der Kredit gehemmt würde.

Hieraus leuchtet es ein, daß der Termin weder zu lang noch zu kurz seyn muß; in Oesterreich und Preußen wurde er auf ein Jahr von Promulgation der Hypotheken-Ordnung an festgesetzt, man hielt den Umständen angemessen, ihn zu verlän-

gern, und den Eintritt des neuen Gesetzes auf den 1ten Jänner 1821 anzusetzen.

§. 7.

III. Anordnung und Procedur bei der Einführung.

Man kann hiermit sogleich den ganzen Abriß des Verfahrens verbinden, wie es für die Einführung des Hypothekenbuches für zweckmäßig geachtet wurde; derselbe wird zum Beweise dienen, daß die Gerichte bei richtiger Eintheilung der im Hypothekenwesen vorkommenden Geschäfte im Stande sind, in einem Zeitraum von beinahe vier Jahren die Hypothekenbücher vollendet herzustellen.

§. 8.

Der erste Zeitraum von Verkündigung des Gesetzes bis zum 1. Jänner 1821. ist den Anmeldungen der Hyptheken und den Vorarbeiten für das Hypothekenbuch bestimmt; diesemnach müssen

1.) innerhalb desselben alle bisherigen, so wie die noch während dieser Zeit entstehenden Hypothekarforderungen bei dem Hypothekenamte angemeldet werden. Diese Anmeldung salvirt die Priorität, und wird behandelt, wie das Präsenzprotokoll im Concurse der Gläubiger. Dabei ist jedoch auch dasjenige anzugeben, was auf den Vorzug der angemeldeten Forderung einen Einfluß hat, weshalb die Anmeldung enthalten muß:

a.) den Namen des Gläubigers und des Schuldners;

b.) den Betrag der Forderung;

c.) ihren Rechtstitel, ihr Datum, und dasjenige, was sonst auf ihre Priorität sich beziehet;

d.) die Anzeige des unbeweglichen Gutes, worauf die Inscription verlangt wird;

e.) dabei soll die über die angemeldete Forderung vorhandene Urkunde in Urschrift oder Abschrift vorgelegt werden.

2.) Das Hypothekenamt legt für jedes mit einem eigenen Folium zu versehende Immobiliarstück ein besonderes Anmeldungs-Protokoll an, in welches alle während dieses Zeitraums vorkommende und darauf sich beziehende Anmeldungen der Zeit-Folge nach eingetragen werden. Auch werden während dieser Zeit nur Recognitionsscheine, nicht aber Hypothekenbriefe ausgefertiget.

3.) Eben diese Anmeldungszeit müssen die Gerichte benützen, um theils durch Vernehmung des Schuldners, gegen welchen Hypotheken angemeldet wurden, theils durch Einsicht der Ehepakten, Theilungsbriefe, Uebergabs- oder Kaufs-Kontrakte u. d. den noch vorhandenen Hypothekforderungen in Folge ihres officii nobilis (Hyp. Ord. Tit. II. §. 98.) nachzuforschen und zur Erhaltung derselben die geeigneten Einleitungen zu treffen.

4.) Dieser Anmeldungstermin ist auch peremptorisch für alle Beschränkungen des Eigenthums und für alle Ansprüche an die Sache, jedoch nicht mit einem Einfluß auf den Verlust des Rechts selbst, sondern nur mit jenem Einfluße, welchen die Publizität der Hypothekenbücher (Hyp. Ord. Tit. I. §. 26.) fordert, also nur mit der Wirkung, daß Jeder, welcher diese Beschränkungen oder Ansprüche nicht angemeldet hat, die gegen den dermaligen Besitzer der Sache angemeldeten oder noch künftig eingetragenen Hypotheken anerkennen muß, wenn er auch nachher das Eigenthum der Sache erhält.

5.) Ueber die Anmeldung muß das Hypothekenamt auf Verlangen einen Rekognitionsschein ausstellen; derselbe kann jedoch, wenn Urkunden produzirt wurden darauf mit kurzen Worten, z. B. angemeldet bey dem Hypothekenamte den (Datum) gesetzt werden.

6.) Die Zwischenzeit verwendet das Hypothekenamt

a.) zur Anlegung der Grundakten;

b.) zur Ausmittelung der Immobiliar Masse, soweit sie zum Bezirke des Hypothekenamtes gehört, theils

a.) durch Befragen desjenigen, wider den Hypothek-Forderungen angemeldet wurden, theils

b.) durch Einsicht der Steuerkataster,

c.) zur Berichtigung des Besitzers des Besitztitels samt dessen Beschränkungen;

d.) insbesondere zur Nachforschung über den Lehen- oder Grundbarkeits-Verband, und andere Reallasten; auch

e.) des ehelichen Güterstandes in welchem der Besitzer lebt, soweit derselbe auf dessen Dispositionsrecht Einfluß hat.

§. 9.

Ist hiedurch bis zum 1. Jänner 1821. die Liste der vorhandenen und nach ihrem Range einzutragenden Hypotheken geschlossen, und sowohl in Ansehung der unbeweglichen Sachen, worauf Hypotheken eingetragen werden sollen, als der Besitzer und Besitztitel alles Erforderliche vorbereitet, so wird im folgenden Jahre 1821. zu jenen Handlungen geschritten, welche bei jeder Forderung

1.) zur Herstellung der Liquidität und

2.) zur Berichtigung ihrer Priorität

noch nothwendig sind.

1.) Die Liquidität ist ein den Schuldner allein betreffender Gegenstand, und es scheint am zweckmäßigsten, wenn ihn das Hypothekenamt, nachdem es ihn, den Umständen gemäß, von den angemeldeten Hypotheken in Kenntniß gesetzt hat, dazu auf einen bestimmten Tag vorladet, und analog mit dem, was im zweiten Ediktstage vorgehet, über jede Forderung, eine nach der andern, zu Protokoll vernimmt, ob er gegen die Forderung oder gegen die darüber verlangte Inscription etwas einzuwenden habe.

Bringt er dagegen keine Einwendung vor, so kommt der §. 16. Tit. I. der Hyp. Ord. zur Anwendung; bringt er Einwendungen vor, so kann das Hypothekenamt vermöge Tit. II. §. 92. unter den Betheiligten die Güte versuchen, in deren Entstehung aber hat es dieselben allenfalls nach gemachter Vormerkung ad judicium zu verweisen.

2.) Die Priorität ist eine, bloß die Gläubiger unter sich betreffende Sache, also diese sind unter sich darüber zu ver-

nehmen. Schon bei der Verordnung über die Anmeldung der Forderungen (§. 10.) ist bemerkt worden, daß jeder Anmelder zugleich jene Punkte angeben soll, welche auf die Priorität seiner Forderung Einfluß haben dergestalt, daß das Hypothekenamt ohne förmliche Verhandlungen die Ordnung der Forderungen für den Eintrag in das Hypothekenbuch entwerfen kann. Dabei ist zu erwägen, daß die Festsetzung der Priorität eigentlich ein Akt der kontentiosen Gerichtsbarkeit ist, welche den Hypothekenämtern als solchen, insbesondere aber denjenigen nicht zukommt, welche von Patrimonialgerichten zweiter Klasse geführt werden. Wollte man nun die erste Rangirung der Gläubiger als Urtheil über die Priorität ansehen, so müßten zweifache Anmeldungen geschehen, eine in puncto liquidi bei dem Hypothekenamte, die andere in puncto prioritatis bei dem kompetenten kontentiosen Gerichte. Diese Trennung oder Mehrung der Geschäfte wäre aber im Anfange sehr zweckwidrig Wie das Hypothekenamt selbst über streitige Hypotheksachen unter den Betheiligten die Güte versuchen darf; eben so kann ihm überlassen werden, den Entwurf der Priorität als Vergleichsvorschlag zu machen, und den Gläubigern vorzulegen, auch darüber, wenn ein Widerspruch erfolgt, unter denselben die Güte zu versuchen. Mißlingt der Versuch, so müssen jene, welche unter sich über die Priorität streiten, zum Gerichte verwiesen und bis zu dessen Entscheidung mit dem Eintrag der Hypotheken in das Hypothekenbuch eine Anmerkung des Prioritätsstreites bei jenen Forderungen, welche er angehet, verbunden werden.

Zu dieser Arbeit womit noch die nachträglichen Berichtigungen

a.) in Ansehung der Immobilien und ihrer Zugehörungen,

b.) deren Abschätzung,

c.) der Besitzer und Besitztitel,

d.) der Reallasten

zu verbinden sind, wird das zweyte Jahr bestimmt.

Die Gerichte können nöthigenfalls mit einer provisorischen

Unterstützung diese ganze Arbeit vollkommen und gut in diesen zwei Terminen bis zum 1. Jänner 1822. leisten.

§. 10.

Was vorerwähntermassen bis zum 1. Jänner 1822. für das Hypothekenwesen geschiehet, wird auf so viele einzelne Rapularbogen geschrieben, als Immobilien vorkommen, die ein eigenes Folium im Hypothekenbuche erhalten.

Nach diesen werden dann im Jahre 1802/3 die reinen Einträge in die gebundenen Hypothekenbücher gemacht, und dies bringt noch den weiteren Vortheil, daß die erste Anlage der eigentlichen Hypothekenbücher ganz rein gefertiget und geschrieben wird. Auch können, wenn einmal Liquidität und Priorität hergestellt ist, schon im Verlaufe dieser Zeit die erfoderlichen Hypothekenbriefe ausgefertiget werden.

Auf diese Weise, mit dieser Eintheilung der Geschäfte und Arbeiten, und unter den erwähnten Voraussezungen, kann ohne Uebereilung der Schuldner und Gläubiger das neue Hypothekenrecht mit dem 1. Jänner 1821. schon in seine vollkommene rechtliche Wirksamkeit treten, und in vier Jahren (bis zum 1. Jänner 1823.) können, ohne Ueberladung der Gerichte, die Hypothekenbücher im ganzen Umfange des Königreichs vollendet seyn. Hiezu werden die nachfolgenden Erleichterungen und Vereinfachungen noch vieles beitragen.

§. 11.

IV. Besondere Erleichterungen.

1.) In Ansehung des Besitztitels.

Die Berichtigung des Besiztitels war in der preußischen Hypothekenordnung so streng aufgefaßt, daß daraus nicht nur höchst voluminose Akten und ungeheure Kosten erwachsen sind, sondern selbst die gänzliche Einführung des Hypothekenrechts und die vollkommene Herstellung der Hypothekenbücher erschwert und verzögert wurde. Jedes Gut oder Grundstück ist dadurch der Gegenstand einer mühsamen Recherche aller seiner Verhältnisse, und zwar in der Regel auf 44. Jahre zurück, ge-

worden, um den Besitztitel bis zu dem, die längste Verjährung erschöpfenden Zeitraum nachzuforschen.

Das Eigenthum unbeweglicher Sachen befindet sich in keinem solchen Zustand der Ungewißheit, daß darüber weitschichtige und kostspielige Nachforschungen nothwendig wären; auch sind sie für den Zweck des Hypothekenbuchs nicht wesentlich. Dem Grundsatz der Publicität zufolge sind alle Hypotheken, welche gegen denjenigen eingetragen sind, den das Hypothekenbuch als Eigenthümer darstellt, auch für jeden dritten nachherigen Vindicanten (Hypthk.Ord. Tit. I. §. 26.) verbindlich; die Sicherheit der Hypotheken wird daher durch Vindicationsstreite nicht im mindesten beeinträchtiget, und für Hypothekenbücher hat man keinen Grund, sich lange bei Recherchen des Besitztitels aufzuhalten, darüber den früheren Verhältnissen und Rechtsgeschäften bis dahin, wo die Verjährung allen Vindicationsklagen ein Ende macht, nachzuforschen, und hierdurch die Gefahr zu bereiten, daß angefangene Verjährungen unterbrochen und veraltete oder vergessene Prozesse erneuert werden.

Wohl können und sollen die Hypothekenämter bei Eintragung des Besitzers und Besitztitels fragen nach den Urkunden, worauf er sich gründet, nach der Person dessen, von welcher er die Sache erworben, und nach dem Rechts-Titel des vorigen Besitzers; sie sollen auch, wenn ihnen darüber Urkunden oder andere Notizen vorliegen, den Namen und Rechtstitel des vorigen Besitzers in das Hypothekenbuch eintragen. Aber strenge Recherchen bei jenem, der nach Urkunden, Steuerbüchern, Lehen- oder Erbrechtsbriefen oder andern Beweisen als Besitzer öffentlich anerkannt ist (das bekannte juristische Axiome: possideo, quia possideo, oder possessor non tenetur edere titulum suae possessionis) sollen die Hypothekenämter, aus Achtung für jene Aussprüche des Civilrechts, nicht weiter anstellen, und sich dabei nicht aufhalten.

Für das Hypothekenrecht ist es, der Publicität der Hypothekenbücher zufolge, genügend, daß jeder, der auf das Eigenthum einer Sache Anspruch hat, allen Hypothekar-Inscriptionen durch eine Protestation vorbeugen kann, und daß er, wenn er

dieses Mittel nicht gebrauchte, alle Hypotheken auf sich nehmen muß, welche wider denjenigen, den das Hypothekenbuch als Eigenthümer nennt, in dasselbe eingetragen sind.

§. 12.

2.) In Benutzung aller schon vorhandenen Materialien.

Die andere höchst bedeutende Erleichterung der Hypotheken-Aemter für Anlegung und Herstellung der Hypothekenbücher entstehet daraus, daß ihnen gestattet wird, aller schon vorhandenen Materialien zum Eintrage in das Hypothekenbuch sich zu bedienen, und daß dem gemäß alle andern Behörden den gemessenen Befehl erhalten, dem Hypothekenamt davon entweder die Einsicht und Abschrift zu gestatten, oder auch das Erforderliche im Auszuge mitzutheilen. So wird man z. B. die Anlagen des Hypothekenbuchs für die Stadt München für eine große Arbeit halten, und doch ist nichts leichter als dieses, wenn das Hypothekenamt das vorhandene Stadtgrundbuch benüzen kann, worin schon alle Realitäten, wenigstens so viel darauf Ewiggelder haften, mit den Besitzern, Besitztiteln und mit dem Schäzungspreise verzeichnet sind, wenn es ferner die Listen aus der Brandversicherungs-Gesellschaft erhält, um daraus bei jedem Gebäude den assecurirten Werth zu bemerken. Dergleichen Notizen, welche für das Hypothekenbuch brauchbar sind, finden sich fast aller Orten, Grundherrschaften können die Liste ihrer in einem Bezirke gelegenen grundbaren Güter, Staats-Verwaltungen, Stiftungs- und Kommunalverwaltungen können gleiche Listen der ihnen vermöge speziellen Rechtstitels zukommenden Realrenten übergeben, und durch diese Mittel wird eine Arbeit, die im Einzelnen ungeheuer scheint, ungemein erleichtert und vereinfacht. Insbesondere dienen die Arbeiten der verschiedenen Steuer-Kataster-Rektifikations-Kommissionen zu einer großen Erleichterung.

§. 13.

3.) Partielle Erleichterung an den Orten wo schon Hypothekenbücher vorhanden sind.

Wo schon partielle Hypothekenbücher vorhanden sind, kön-

nen die darin aufgenommenen Data für die dermalige Hypotheken-Einrichtung benüzt werden. Ob man sie in der alten Form beibehalten oder ganz nach dem neuen Geseze behandeln und umarbeiten soll, ist eine besonders zu prüfende Frage.

Dieser Fall solcher Hypothekenbücher tritt ein:

1) in den vormals preußischen Fürstenthümern Ansbach und Baireuth;

2) im ehemaligen Reichsstift Kempten;

3) in der vormaligen Reichsstadt Memmingen;

4) in einigen vormals österreichischen Gebietstheilen.

Bemerkt muß hiebei werden, daß

1.) in Ansbach und Baireuth die Hypothekenbücher noch nicht ganz in Ordnung gebracht sind. Die Recherchen der Besiztitel und Real-Prätendenten haben nach den Komplicationen der preußischen Gesezgebung die Sache außerordentlich erschwert. Das Formular der baierischen Hypothekenbücher reicht bedeutend vom preußischen Formular ab, das baierische Hypothekenrecht hat ganz andere Bestimmungen über Haftung des Hypothekenamtes, über Löschungen, über die Form der Hypothekenbriefe u. s. w.

2.) Die Kempter Landtafel bedarf, wie aus den Akten bekannt ist, einer Renovation;

3.) die dermal baierischen österreichischen Gebietstheile haben nur zum geringen Theile eigentliche Hypothekenbücher; in der vormals schwäbischen Provinz gilt auch die österreichische Prioritäts-Ordnung nicht mehr.

4.) Die Hypothekenbücher von Memmingen sind, wie aus amtlichen Berichten bekannt ist, sehr unvollkommen.

Die preußische Hypotheken-Ordnung vom Jahr 1783. §. 24. und 28. enthält hierüber folgende Bestimmungen:

a.) wo bereits Hypothekenbücher sind, sollen ihre Formulare mit dem neuen Schema verglichen und geprüft werden, ob das alte Formular alle Nachrichten enthalte, welche nach der neuen Vorschrift erfordert werden, oder ob das Formular in wesentlichen Stücken mangelhaft sey. Im lezten Fall soll

das neue Schema eingeführt, im ersten Falle aber das vorige Formular so viel möglich, durch Supplirung, Abänderung oder Zusammenziehung der Rubriken mit dem neuen Schema in Uebereinstimmung gebracht werden.

b.) Sobald aber neue Bände nothwendig oder die alten aus einer andern Ursache unbrauchbar worden sind, sollen sie nach der neuen Verordnung gefertiget werden.

Es ist aber zu bemerken, daß in diesem Punkte Preußen sich in anderen Verhältnißen befand, als Baiern.

Preußen hatte damals schon in ganzen Provinzen, namentlich bei dem Adel in Schlesien und bei der Churmärkischen Ritterschaft, vollendete Hypotheken und Kredit-Systeme, deren Einrichtung zweckmäßig, und wo die Anordnung anderer Bücher ein überflüßiger Aufwand war. Baiern ist nicht in diesem Verhältniße. Ansbach und Baireuth sind in verschiedene und mit andern Gebietstheilen vermischte Kreise getheilt, auch ist nicht einmal dort überall schon das Hypothekenwesen geordnet. — Kempten, Memmingen und einige vormals österreichischen Gebietstheile sind Parzellen eines Kreises. Hier wirkt jede temporäre Verschiedenheit der Form nachtheilig auf die Sache ein, und da entstünde der Mißstand, daß nicht nur in einem Kreise, sondern oft in einem Amte, wie es aus verschiedenen Parzellen zusammengesetzt ist, die vorher Theile eines andern Landes waren, verschiedene Formen von Hypotheken-Büchern, Hypotheken-Briefen u. d. herrschten, und daraus sich eine auffallende und dem Kredit nachtheilige Difformität bildete.

Können jene Gerichte, wo bisher noch gar kein richtiges Hypothekenrecht galt, in der vorgeschriebenen Zeit die Hypothekenbücher ganz neu fertigen, so können wohl noch leichter die Gerichte, bei welchen bisher schon Hypothekenbücher waren, diese nach der neuen baierischen Form umschreiben.

Die Gleichförmigkeit an Sache und Form ist bei einem Kredit-Institute, worauf die Form so vieles einwirket, ein höheres Gut, als daß man es der geringen Mühe des Umschreibens aufopfern dürfte.

§. 14.

V. Aufrechthaltung der bestehenden Rechte.

1.) In Ansehung bereits erworbener Rechte.

Der Satz, kein wohlerworbenes Recht darf gekränkt werden, ist nicht so zu verstehen, als müßten alle vorhandenen Gesetze und Institute beibehalten werden.

Schon die Verfassungs-Urkunde und die Geschichte aller Staaten und Gesetzgebungen liefert hierüber den Beweis.

Soll der Verfassungs-Urkunde Tit. VIII. §. 7. gemäß nur ein und dasselbe bürgerliche Gesetzbuch bestehen, so kann dieses wohl nicht anders, als mit Abänderung mancher bisher bestandenen Provinzialgesetze geschehen. Es gibt also nur der Unverletzbarkeit aller bisher schon nach den bestehenden Gesetzen wirklich erworbenen Rechte.

Welche Rechte dabei befangen sind, und wie sie erhalten werden sollen, das muß nach den Abänderungen bemessen werden, welche das neue Hypothekenrecht an den bisherigen Gesetzen hervorbringt.

Diese bestehen in folgenden Punkten:

1.) Daß in Zukunft keine Hypotheken mehr vorhanden und wirksam sind, die nicht in das Hypothekenbuch eingetragen wurden. Vermöge dieses Grundsatzes verlieren in Zukunft alle stillschweigende und alle Privat-Hypotheken ihre Wirksamkeit.

Um nun den bereits erworbenen stillschweigenden oder Privat-Hypotheken nicht zu nahe zu treten, und jedes wohlerworbene Recht unverletzt zu erhalten, muß ausgesprochen werden,

> daß Alle diejenigen, welchen bereits aus eingegangenen Rechtsgeschäften eine stillschweigende oder ausdrückliche Hypothek zustehet, das Recht haben, darüber die Eintragung der Hypothek im Hypothekenbuche zu verlangen, ohne Unterschied, ob ihnen das neue Hypothekenrecht die Befugniß zur Erwerbung einer Hypothek zuspricht oder nicht.

2.) daß in Zukunft den Hypotheken hinsichtlich der Immobilien, worauf sie eingetragen sind, nur äußerst wenige Forderungen vorgehen, folglich alle diejenigen, welche ohne Hypothek ein Vorzugsrecht haben, dasselbe zwar in Ansehung der hypothecirten Immobilien verliehren, aber in Ansehung der gemeinen Masse behalten. Dahin gehören z. B. viele Forderungen, welche nach dem Judiciar-Kodex Cap. XX. §. 5. in die vierte Klasse kommen. Selbst von diesen Forderungen verliehren Einige, z. B. die im erwähnten §. 5. num. 2. und 7. benannten Forderungen, etwas von ihrem bisherigen Vorzug durch die künftige Beschränkung auf bestimmte Jahre. — Die Erhaltung der Rechte, welche bisher schon erworben sind, macht in dieser Beziehung eine Bestimmung nothwendig.

3.) Daß in Zukunft die Priorität hinsichtlich der Hypotheken sich bloß nach Ordnung der Eintragung im Hypothekenbuche richtet; daher alle anderen Prälationsrechte in der Zukunft aufhören. Indessen werden alle bisher schon erworbenen Rechte durch die Bestimmung unverletzt erhalten,

daß alle diejenigen, welche aus einem schon vorhandenen Rechtsverhältniß oder abgeschlossenen Rechtsgeschäfte einen besonderen Vorzug erlangt haben, nach der, ihrem erworbenen Vorzuge gemäßen, Ordnung in das Hypothekenbuch eingetragen werden müßen.

§. 15.

2.) Wegen fortbestehender Institute.

Nur zwey Institute müßen ihres Fortbestandes wegen besonders betrachtet werden, es sind

I. Die Ewiggelder, besonders in der Stadt München.

II. Die Lehen-Consense in Franken, besonders im Obermain-Kreise.

§. 16.

A.) Das Ewiggeld, besonders der Stadt München.

Das Institut der Ewiggeldkapitalien, ehrwürdig durch sein Alter, verdankend seine Ausbreitung der Regierung

Kaiser Ludwigs des Baiern, wirkend seit 500 Jahren in München, hat sich so tief in den Wohlstand der Residenzstadt verschmolzen, und ist durch seinen Betrag von mehreren Millionen Gulden so wichtig, daß daran eine Abänderung, welche dasselbe in seinem Wesen beträfe, und auf dessen Kredit einwirkte, durchaus als unräthlich erscheint. Daß das Ewiggeld eine Realrente ist, sichert ihm ohnehin den Vorzug vor allen Hypotheken, denen es, gleich den grundherrlichen Prästationen, unter allen Umständen vorgehet, und da der Gesammtbetrag an jährlichen Ewiggeldern und den Ewiggeldkapitalien summarisch dem Hypothekenbuche eingetragen werden muß, so erhalten sie dadurch auch für die Hypothekgläubiger jene Publizität deren sie bedürfen, um darnach die Sicherheit der Hypotheken abzumessen. Nur ein Punkt kam dabei in besondere Erwägung, die Rückstände an verfallenen jährlichen Ewiggeldern, welche, wenn sie für mehr als ein Jahr angeschwollen sind, selbst nach der Ewiggeld-Gantordnung v. J. 1575. als eine Schuld den Ewiggeldkapitalien nachgehen müssen, und ihr bisheriges Separationsrecht nur einem historischen Irrthume verdanken, der sich leicht beweisen läßt. Offenbar wird auch dadurch die Sicherheit der Hypotheken auf Sachen, worauf Ewiggelder haften, geschwächt, weil die Rückstände auf unbestimmte Summen anschwellen können. — Doch in dem gegenwärtigen Zeitpunkt wurde auch diese an sich unschädliche modifizirende Bestimmung über das Ewiggeld für unräthlich geachtet, und man wollte einem andern Zeitpunkt das Weitere vorbehalten. Daher bleibt es für Ewiggelder und Ewiggeldkapitalien dermal ganz bei den bestehenden Statutar-Rechten, und dieses wurde im Einführungspatente ausgedrückt.

§. 17.

B. Die Lehen-Consense in Franken.

Wichtiger als dieses sind die sogenannten Lehen-Consense in Franken.

Sie waren in Folge des grundherrlichen Verhältnisses lange schon in Uebung, erhielten aber nach dem siebenjährigen

Kriege ihre vollendete Ausbildung, und ihnen verdanken die Provinzen in Franken ihren jetzigen Wohlstand, denn dieses Institut war es, was den durch jenen Krieg erschöpften Bewohnern den Kredit verschaffte, ohne welchen sie sich nur nach vielen Jahren wieder erholet hätten. Sie sind mit dem Grundbarkeitsverbande (dort uneigentlich Lehen genannt) über das ganze Land verbreitet, und mögen vielleicht in der Summe an das Doppelte dessen Steigen, was die Ewiggelder betragen. Wäre schon von dieser Seite betrachtet jede schnelle Veränderung an diesem Institute bedenklich, so muß sie doppelt bedenklich erscheinen, wenn man erwägt, daß die Consenskapitalien von Seite des Gläubigers aufkündbar sind, folglich jede Veränderung die Folge herbeiführen könnte, daß die Gläubiger, wenn sie, wäre es auch nur aus Täuschung oder Vorurtheil, ihre vorige Sicherheit gemindert glaubten, ihre Kapitalien aufkündigten, und dann alle Consensschuldner in eine unbeschreibliche Verlegenheit versetzten, viele wohl gar aus Mangel an Zahlungsmitteln und Kredit, von Haus und Hof verdrängten. Das Wesen dieser Lehenconsense ist im zweiten Bande der Jahrbücher für die Gesetzgebung und Rechtspflege Seite 157. kurz dargestellt. Dieses wichtige Institut ist auf das vormalige Fürstenthum Bamberg nicht beschränkt, sondern hat sich durch Gewohnheitsrecht auf die meisten inclavirten oder angränzenden Güter des vormaligen unmittelbaren Reichsadels verbreitet.

Diese Lehen-Consense haben, wenn der Consens a.) nicht höher, als auf den dritten Theil des eingeschätzten und im Consensbriefe ausgedrückten Gutswerthes und b.) auf einmal nicht länger als auf 6 Jahre ertheilt wurde, auch c.) diese Zeit noch nicht abgelaufen oder wenigstens der Consens dem Grund-Herrn zur Renovation übergeben worden ist, ein Separations-Recht für das Kapital und für zweijährige Zinsen.

Merkwürdig ist dabei, daß vor Erscheinung des bambergischen Landrechts (1769.) alle Zinsrückstände, wie bei dem Ewiggeld, das Separationsrecht hatten; daß aber

mit dem Landrecht (pag. 379.) zwar allen schon damals vertagten Zinsen der Vorzug belassen, für die Zukunft aber nur zweijährigen Zinsen das Separationsrecht zugestanden wurde, ohne daß diese Modifikation den Kredit der Consense im mindesten geschwächt hätte.

Die angeführten Betrachtungen rechtfertigen die Bestimmung, daß in der Einführungs-Verordnung der Fortbestand dieser Consense mit den denselben zukommenden Vorrechten bis zur Einführung eines allgemeinen Civilgesetzbuchs ausdrücklich vorbehalten werde.

Hat das neue Hypothekenrecht einige Jahre hindurch in der Nation gelebt und gewirkt, so wird sich vielleicht die Ueberzeugung hervordringen, daß das Hypothekensystem wenigstens für die ersten Hypotheken auf einfachere und bessere Weise alles leiste, was die Consense im Mangel eines richtigen Hypothekensystems leisteten; nach allmähliger Vorbereitung kann vielleicht ohne Erschütterung und Gefahr bei dem allgemeinen Civilgesetzbuche die Verschmelzung beider Institute geschehen. Darauf gründet sich der Vorbehalt im §. 2. des Entwurfs und der §. 6. gibt das Mittel an, um das Consenswesen an das Hypotheken-Institut so anzureihen, daß sich jedes in seiner Sphäre frei bewegen kann, ohne daß eines das andere hindert, oder der Kredit der Consense und Hypotheken dadurch gemindert wird.

§. 18.

3.) Auf die bestehenden Prioritäts-Ordnung.

Die Ansehung der Prioritäts-Ordnung wurde für besser gehalten, im gegenwärtigen Zeitpunkt von solcher ganz zu abstrahiren, sich auf die Punkte zu beschränken, welche mit dem neuen Hypothekenrechte untrennbar verbunden, und worüber Bestimmungen im Hypothekenrechte unbedingt nothwendig sind, im übrigen aber alle bisherigen verschiedenen Prioritäts-Ordnungen unverändert zu lassen, und die allgemeine Prioritäts-Ordnung dem künftigen Civilgesetzbuche vorzubehalten.

Hierdurch wurden denn in der Einführungs-Verordnung zwei Bestimmungen nothwendig, welche im §. 8. und 9. des

Entwurfs enthalten sind:

1.) eine derogatorische dafür, daß alle Bestimmungen der bisher bestandenen Prioritatsordnungen, soweit sie dem neuen Hypothekenrechte entgegenstehen, aufgehoben sind,

2.) eine confirmatorische, daß sie in allen übrigen Puncten ihre bisherige Kraft behalten.

§. 19.

Da auf diese Weise die Möglichkeit nachgewiesen ist, die Hypothekenbücher bis zum 1. Jänner 1823. vollkommen herzustellen, so muß auch das Gesetz den festen Willen aussprechen, daß es geschehe. Dieses ist im §. 29. des Entwurfes geschehen. Bei allen Amts-Visitationen muß nachgesehen werden, ob die Beamten für das Hypothekenbuch ihre Schuldigkeit thun, und es muß gegen saumselige Beamte die Folge bestimmt seyn, welche besser, als alle Geldstrafen, zum Ziele führt, Abordnung eines Individuums zur Herstellung der Hypothekenbücher auf Kosten des schuldigen Theils.

§. 20.

Die Publication des neuen Hypothekengesetzes darf sich auf die bloße Promulgation durch das Gesetzblatt nicht beschränken. Es greift so tief in alle gegenwärtige und künftige Verhältnisse des bürgerlichen Lebens und Verkehrs ein, die Anmeldungsfrist ist mit so wichtigen Folgen verbunden, daß die Publication dieses Gesetzes weit specieller seyn muß, wie dieses auch die Preußische Regierung bei Einführung ihrer Hypothekenordnung in den fränkischen Fürstenthümern Ansbach und Baireuth durch das Patent vom 19ten Mai 1800. angeordnet hat.

Darauf beruhet die im §. 30. des Entwurfs ertheilte Vorschrift.

Staats-Bibliothek Bamberg

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus

Motive zu dem Entwurfe der allgemeinen Hypotheken-Ordnung für das Kö
nigreich Baiern ... auf Befehl Seiner Majestät des Königs der Stä
ndeversammlung vorgelegt

München 1819

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.326-a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439496-7